

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TACIANO SCHEIDT ZIMMERMANN

**O uso da força contra entidades não estatais no direito  
internacional:**

limites teórico-normativos da invocação da legítima defesa contra o  
“Estado Islâmico” em território sírio (2014-2016)

Florianópolis  
2016



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Taciano Scheidt Zimmermann

**O uso da força contra entidades não estatais no direito internacional:**  
limites teórico-normativos da invocação da legítima defesa contra o “Estado Islâmico” em território sírio (2014-2016)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito e Relações Internacionais.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Junior, Ph.D.

Co-orientador: Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Zimmermann, Taciano Scheidt

O uso da força contra entidades não estatais no direito internacional : limites teórico-normativos da invocação da legítima defesa contra o Estado Islâmico em território sírio (2014-2016) / Taciano Scheidt Zimmermann ; orientador, Arno Dal Ri Jr. ; coorientador, Caetano Dias Corrêa. - Florianópolis, SC, 2016.  
306 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

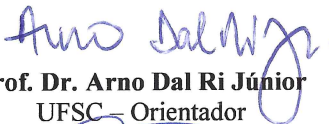
Inclui referências

1. Direito. 2. Direito internacional. 3. Legítima defesa. 4. Entidades não estatais. 5. Uso da força. I. Dal Ri Jr., Arno. II. Dias Corrêa, Caetano. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

**O uso da força contra entidades não estatais no Direito  
Internacional: um estudo sobre os limites normativos da invocação  
da legítima defesa contra o Estado Islâmico em território sírio (2014-  
2016)**

**TACIANO SCHEIDT ZIMMERMANN**

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



**Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior**  
UFSC – Orientador



**Profa. Dra. Lidia Patricia Castillo Amaya**  
UFSC – Membro



**Prof. Dr. Paulo Potiara de Alcântara Veloso**  
CESUSC – Membro



**Profa. Dra. Aline Beltrame de Moura**  
UFSC – Membro



**Prof. Everton das Neves Gonçalves**  
Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 06 de dezembro de 2016.



## AGRADECIMENTOS

Ao termo dessa trajetória, sinto-me leve. Em meio aos meus muitos descaminhos, vivi o privilégio de ser cuidado. Cada santo que me apareceu no percurso e cada percalço que encontrei no roteiro cooperou para o bem. Pensando, agora, vejo o rosto de tantas pessoas que, mesmo não precisando, compreenderam tudo comigo e se achegaram tão junto a mim neste sonho que merecem, hoje, toda a gratidão que sou capaz de expressar.

Primeiro, a quem conduziu tudo com bondade, beleza e verdade, digno das mais altas honras, o criador do universo. A ti, sou grato por sustentares todas as coisas com graça e, sobretudo, por teres vindo ao meu encontro, permitindo que eu, tão miserável e limitado, pudesse contemplar-te e caminhar ao teu lado para sempre.

Ao meu precioso presente, a Amanda, com quem iniciei o mestrado namorando, noivei no seu decorrer, e agora termino casando. Quanta história! Te amo “sem saber como, nem quando, nem onde”. Teremos, enfim, a vida juntos, para que eu possa retribuir o carinho e o amor recebidos, o que espero fazer com todo o meu ser, “assim deste modo em que não sou nem és / tão perto que tua mão sobre meu peito é minha / tão perto que se fecham os teus olhos com o meu sonho”.

Cuidaram-me também os meus pais, cada um ao seu modo único e especial. Foi pelo esforço de vocês que pude entrar na faculdade de direito e, dali, seguir para o mestrado. Só de pensar que um dia não os terei mais comigo, meus olhos ficam marejados. Gostaria de saber expressar adequadamente tudo o que sinto por vocês. Incluem-se aqui, também, meus sogros, a quem dei muito trabalho durante esses dois últimos anos, e fui sempre recebido com um amor imensurável.

Meus irmãos, com os quais sinto-me parte de um time que tudo consegue enfrentar. Sabendo que vocês existem, mesmo tendo-os longe, já não me sinto sozinho no mundo. Sei que, entre nós, o ombro amigo está sempre próximo. Muito obrigado por terem feito tanto por mim nesses últimos dois anos, enquanto viajava em aventuras acadêmicas pelo hemisfério norte. Percebi, nesse processo, que “casa é onde estou com vocês”. Agradeço, do mesmo modo, aos outros irmãos que a vida me deu, Kathryn, Rafa, Renan e Íris.

Aos meus amigos, cuja amizade quero cultivar por toda a vida. Os dois Dani S., Débora S., Gustavo S., Juliano, Thati, Robson e Uba, por serem tão essenciais sempre. Aline B. de M., Chiara, Fernanda, Gustavo C., Lucas L. e Mariana, aos quais tenho imenso carinho, por terem me ensinado tanto. Airton, Felipe P., Nunes e Raquel S., pelas conversas e experiências

enriquecedoras. Ao Leonardo F., pela amizade mais pura que já existiu entre um agnóstico e um cristão.

Aos meus colegas servidores do judiciário catarinense, por todo o apoio e compreensão nesses dois anos, e por serem pessoas incríveis que fizeram e fazem meu dia-a-dia ser significativo e ao mesmo tempo suave. À Ana, à Vanécia e ao Siran, os queridos da Central de Mandados, de quem lembrarei sempre com carinho. Ao Des. Marcus, Priscila, Otávio, Vivi, Felipe, Clarissa, e Jana, e também à Bruna, à Marcela e à Vanessa, meu muito obrigado. Igualmente aos servidores da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial ao Fabiano e à Cida. Sou grato a todos.

Por fim, mas tão importante, ao meu orientador, Prof. Arno. Agradeço por ter me aberto as portas da academia e, ali, ter me ensinado, com dedicação paternal, muitos dos segredos deste nobre ofício. Sua compreensão e seu auxílio em todos os momentos do mestrado e da graduação foram indispensáveis para que eu chegasse até esta defesa, e são, porque não, a prova de que protestantes e católicos podem ser bons e verdadeiros amigos.



« Les temps modernes nous ont révélé que la démarcation entre relations internationales et la dynamique interne aux États qui en sont les acteurs, est trouble. De plus en plus les conflits internes ont une dimension internationale et trouvent leurs racines, leur encouragement, leur soutien au-delà des frontières de l'Etat en crise. La mondialisation révèle l'étendue et l'enchevêtrement des origines du mal, autant que celles du bien. »

Sergio Vieira de Mello



## RESUMO

A aplicação do direito internacional do uso da força em domínio não estatal sempre foi permeada por controvérsias. Desdobramentos recentes relacionados ao fenômeno do terrorismo internacional elevaram a questão a um novo patamar de complexidade, à medida que Estados vítimas de ataques terroristas passaram a invocar, com maior frequência, o direito à legítima defesa em face de entidades não estatais responsáveis pelos ataques. Com efeito, um breve olhar sobre a prática estatal do século XXI mostra a existência de um movimento que indiretamente tenta flexibilizar a proibição geral inserta no artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas por meio da defesa de critérios menos rígidos para o exercício da legítima defesa em caso de ataques terroristas. Insere-se, aí, por exemplo, a atual crise na Síria, em cujo território opera a organização terrorista “Estado Islâmico no Iraque e na Síria” (EI). A partir desse cenário, esta dissertação tem por objetivo investigar de que modo a invocação da legítima defesa pelos Estados que, desde 2014, fazem uso da força na Síria contra o “Estado Islâmico”, interage com o direito internacional do uso da força em seu estado atual. A perspectiva adotada é dupla, pois, ao passo em que se examinam fontes formais do direito internacional (tratados, costumes, jurisprudência e doutrina) em busca de resposta ao problema proposto, emprega-se também um viés crítico, posicionando a questão no quadro de reflexões teóricas subjacentes ao plano normativo. Assim, o trabalho é dividido em três capítulos. Faz-se, primeiro, o delineamento do quadro teórico-normativo referente ao problema, calcado na exploração de elementos centrais das duas variáveis principais da pesquisa: legítima defesa e entidades não estatais. Em seguida, o exame se concentra em casos judiciais, precedentes recentes não judicializados e recortes da doutrina contemporânea relacionados ao assunto, enquanto meios auxiliares na determinação do direito internacional. No derradeiro capítulo, adentra-se às particularidades do precedente sírio, subsumindo-o, então, ao quadro teórico-normativo desenhado ao longo do trabalho. A operação realizada evidencia, em conclusão, a existência de um conjunto de tensões normativas provocadas e/ou intensificadas pelo movimento de expansão do direito à legítima defesa observado no precedente sírio, e traz à luz as dificuldades de conciliar tal expansão com a proibição ao uso da força na comunidade internacional. Finalmente, as conclusões apontam para a necessidade de repensar, mais uma vez, a atitude dos Estados, e da comunidade internacional como um todo, em relação os meios adotados no enfrentamento ao terrorismo.

**Palavras-chave:** Direito internacional. Legítima defesa. Entidades não estatais. Uso da força. Estado Islâmico.



## ABSTRACT

The application of the international law on the use of force in non-state domains has always been permeated by controversies. Recent developments related to the phenomenon of international terrorism have brought the question to a new level of complexity, as States victims of terrorist attacks have started to invoke more often the right of self-defence against non-state entities responsible for these attacks. In fact, a brief look at twenty-first century state practice shows the existence of a movement that indirectly tries to flexibilize the general prohibition enshrined in Article 2(4) of the United Nations Charter through the advancement of less rigid criteria to the exercise of self-defence against terrorist attacks. Such is the case of Syria, where the “Islamic State in Iraq and Syria” (ISIS) currently operates. In this scenario, this dissertation is aimed at investigating how the invocation of self-defence by States that since 2014 are using force in Syria against the “Islamic State” interacts with the international law on the use of force in its present state. The approach adopted is twofold. On the one hand, formal sources of international law (treaties, custom, judicial decisions and doctrine) are examined in search of an answer to the proposed research question. On the other hand, a critical approach is developed, by positioning the problem against the backdrop of theoretical considerations underlying the legal order. Thus, this dissertation is divided in three chapters. Firstly, it outlines the theoretical-normative framework relevant to the problem by exploring central elements of its two main variables: self-defence and non-state entities. Then, the analysis focuses on judicial decisions, recent non-judicialized precedents and extracts of contemporary doctrine on the subject, as subsidiary means for the determination of international law. In the last chapter, it approaches the particularities of the Syrian precedent and subsums it to the theoretical-normative framework outlined throughout the work. This operation reveals, in conclusion, the existence of a set of normative tensions provoked and/or intensified by the movement of expansion of the right of self-defence observed in the Syrian precedent, and brings to light the difficulties of reconciling it with the prohibition of the use of force in international law. Finally, the conclusions point to the necessity of rethinking, once again, the attitude of states, and of the international community as a whole, toward the means adopted in the fight against terrorism.

**Keywords:** International law. Self-defence. Non-state entities. Use of force. Islamic State.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2. LEGÍTIMA DEFESA E GRUPOS ARMADOS NÃO ESTATAIS..</b>	<b>19</b>
2.1. A LEGÍTIMA DEFESA NA ERA DA PROIBIÇÃO À FORÇA.....	19
2.1.1. O percurso do instituto na teoria clássica do direito internacional: do bellum justum à guerre en forme .....	19
2.1.2. A positivação da proibição à força e seus efeitos na legítima defesa: o paradigma do jus contra bellum .....	37
2.1.3. A face consuetudinária da legítima defesa e sua interação com a norma convencional.....	49
2.1.4. Problemas relacionados ao conceito de “ataque armado” no sentido do artigo 51 da Carta .....	55
2.2. O DIREITO INTERNACIONAL APLICÁVEL ÀS FORÇAS ARMADAS IRREGULARES.....	61
2.2.1. O conceito de “forças irregulares” e as situações de rebelião, insurgência e beligerância .....	61
2.2.2. A via da aplicabilidade direta: o direito internacional humanitário.....	68
2.2.3. A via da aplicabilidade indireta: a responsabilidade internacional .....	74
2.2.4. Terrorismo, legalidade e excepcionalidade no direito internacional .....	87
<b>3. DECISÕES JUDICIAIS, PRECEDENTES E DOUTRINA CONTEMPORÂNEA .....</b>	<b>99</b>
3.1. CASOS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA .....	99
3.1.1. Nicarágua vs. Estados Unidos da América (1986) .....	101
3.1.2. A Construção de um Muro na Palestina (2004).....	110
3.1.3. República Democrática do Congo vs. Uganda (2005).....	118

3.2. PRINCIPAIS PRECEDENTES NÃO JUDICIALIZADOS .....	129
3.2.1. Estados Unidos no Afeganistão (2001): Enduring Freedom..	129
3.2.2. Israel no Líbano (2006): True Promise .....	139
3.2.3. Colômbia no Equador (2008): Operación Fenix .....	145
3.3. O ESTADO DA ARTE NA DOUTRINA: CORRENTES RESTRITIVA E EXTENSIVA .....	150
3.3.1. O debate no âmbito das normas primárias: os limites subjetivos do jus contra bellum.....	154
3.3.2. O debate no âmbito das normas secundárias: os critérios de atribuição de conduta .....	170
3.3.3. O problema do método de determinação do direito consuetudinário .....	179

#### **4. A INVOCAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA CONTRA FORÇAS IRREGULARES NO CONTEXTO SÍRIO (2014-2016)..... 189**

4.1. FACTS AND FIGURES DA CRISE NA SÍRIA (2014-2016) .....	189
4.1.1. Breve contexto histórico-político da crise na Síria .....	189
4.1.2. O “Estado Islâmico” (EI): desenvolvimento e características	197
4.1.3. Um panorama dos ataques e contra-ataques ocorridos entre 2014-2016.....	206
4.2. AS POSIÇÕES DOS ATORES ENVOLVIDOS E OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS INVOCADOS .....	212
4.2.1. A posição iraquiana: consentimento expresse e legítima defesa coletiva.....	212
4.2.2. A posição síria: necessidade de respeito à soberania nacional .....	218
4.2.4. A atuação do Conselho de Segurança na crise da Síria e os meandros da Resolução 2249 (2015).....	237



4.3. INTERAÇÕES DO PRECEDENTE SÍRIO COM O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO .....	243
4.3.1. Repercussões na doutrina jurídica mais recente (2014-2016): dissonâncias aprofundadas .....	243
4.3.2. Tensões normativas entre o uso e o abuso da legítima defesa no contexto da proibição geral ao uso da força .....	255
4.3.3. Direito, exceção e terrorismo: o precedente sírio e a absolutização da inimidade .....	268
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>277</b>
<b>6. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>283</b>



## 1. Introdução

O Sr. Bashar al-Assad, em janeiro de 2011<sup>1</sup>, descartava, tão confiante quanto equivocado, a possibilidade de que as flores da “Primavera Árabe” pudessem desabrochar na Síria. Dois meses depois, porém, o que ninguém imaginava era que o canto das multidões reunidas nas praças de Damasco e Aleppo, a ecoar na paisagem de pichações pedindo a queda do regime, fosse logo dar lugar a um brutal silêncio. Os fatos do início daquele ano foram o prelúdio do mais longo e triste dos “Invernos Árabes” que se seguiram. A situação na Síria se deteriorou sem demora. Hoje, os complexos conflitos ali travados permanecem no centro das preocupações da comunidade internacional.

Nos vácuos de poder abertos pelas feridas da guerra civil, criou-se um terreno favorável à expansão de milícias e organizações terroristas, entre as quais se encontra, particularmente, o grupo autodenominado “Estado Islâmico no Iraque e na Síria” (EI), dissidente da rede de células da al-Qaeda. Seu expressivo fortalecimento nos últimos anos conduziu-o à realização de inúmeros atentados terroristas ao redor do mundo, tendo como alvo principal a população civil de diversos países. Em resposta, alguns dos Estados atacados invocaram o direito à legítima defesa para combater o EI na Síria.

Assim, um dos problemas jurídicos que emergem dessa crise diz respeito aos critérios para a invocação da legítima defesa no direito internacional. A bem dizer, a discussão não é nova. Entretanto, os problemas jurídicos a ela relacionados têm adquirido dimensões inéditas no contexto político-jurídico do século XXI. Especialmente a partir de 11 de setembro de 2001, o debate acerca da possibilidade de um Estado invocar o direito à autodefesa em face de um ataque terrorista se intensificou. Alguns casos vieram à superfície do direito internacional desde então, até mesmo perante a Corte Internacional de Justiça. E, em 2014, na Síria, o problema ganhou novos contornos diante da formação de uma Coalizão Global<sup>2</sup> de Estados para combater o EI, alguns dos

---

<sup>1</sup> “A Síria é estável”, dizia o Presidente em entrevista concedida ao *The Wall Street Journal* em 31 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748703833204576114712441122894>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>2</sup> Para mais informações: <http://theglobalcoalition.org>. Acesso em novembro de 2016.

quais passaram a recorrer à força militar sob o argumento da legítima defesa em território sírio.

Nesse cenário, há uma falta de clareza quanto aos critérios aplicáveis ao exercício da legítima defesa contra entidades não estatais, que provoca, no direito internacional, um estado de incerteza. Assim, uma pesquisa que se propõe a colocar o debate sírio no contexto de um panorama teórico normativo de maior amplitude pode contribuir para a discussão, pois permite ver, com maior precisão e em perspectiva, as interações normativas e teóricas ali engendradas. Esta pesquisa, portanto, cujo objeto remoto é a reflexão sobre os limites da invocação do direito à autodefesa no direito internacional, destina-se a investigar de que maneira a invocação da legítima defesa pelos Estados que realizam operações militares no território da Síria, contra o EI, interage com o direito internacional sobre o uso da força em seu estado atual.

A dificuldade de oferecer uma resposta binária ao problema ora proposto faz com que a pesquisa aqui empreendida ganhe certos contornos aporéticos<sup>3</sup>. Na verdade, as implicações teóricas e limites normativos se apresentam, de certo modo, instáveis. Assim, de um lado, esta dissertação procura analisar o problema sob abordagem dogmática, baseado no exame do que dizem as fontes formais do direito internacional, processo que tem como resultado enunciados normativos cuja validade é interna à ciência jurídica<sup>4</sup>. Aqui, quer-se apenas

---

<sup>3</sup> Derivados do conceito filosófico de *aporia*, cujos diversos significados podem, para essa breve passagem, ser resumidos a um “estado de perplexidade conceitual”. Na versão aristotélica: um problema a ser resolvido. A respeito: MELLO, Sergio Vieira de. *La Conscience du monde; l'ONU face à l'irrationnel dans l'histoire*. Aula inaugural no *Institut universitaire de hautes études internationales* de Genebra, 2 de novembro de 2000. Ainda, “[d]iferentes tipos de perguntas pressupõem diferentes tipos de aporias. Uma pergunta é o mediador entre o que nós sabemos e o que nós não sabemos; nós precisamos saber o bastante para saber como elaborar uma questão, mas não saber o bastante para que a resposta seja interessante e importante para nós. Uma pergunta reside no espaço entre o conhecimento e a ignorância. [...] Nós [não] precisamos [...] de um processo de argumento silogístico que conduz a verdades mais e mais elevadas, mas de um contínuo *envolvimento com a dificuldade* – e, nisso, embarcar em um caminho com destino desconhecido, incognoscível.” Tradução nossa. BURBULES, Nicholas C. *Aporias, Webs, and Passages: Doubt as an Opportunity to Learn. Curriculum Inquiry*, vol. 30, n. 2, 2000.

<sup>4</sup> CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009. p. 23. “La technique juridique – parfois aussi appelée ‘dogmatique juridique’ – vise à déterminer le contenu

investigar o direito tal como ele é. De outra perspectiva, porém, propõe-se mais: faz-se um chamado geral à reflexão sobre os problemas teóricos subjacentes ao quadro normativo, particularmente em relação aos sintomas da lógica de exceção e absolutização que permeia o combate ao terrorismo no modo em que realizado pelo ocidente. Aqui, a empreitada adquire viés crítico, filosófico. Não há impedimento, afinal, para que, em um mesmo estudo, seja utilizada mais de uma abordagem, desde que integradas de modo coerente<sup>5</sup>.

A hipótese levantada é a de que as interações normativas do precedente<sup>6</sup> sírio com a regulação da força no direito internacional contemporâneo revelam a existência de um conjunto de tensões normativas provocadas e/ou intensificadas pelo movimento de expansão do direito à legítima defesa pelos Estados da *Coalizão Global*. A expansão subjetiva e objetiva desse direito por meio de critérios incertos, como o *unwilling or unable*, mostra-se difícil de ser conciliada com a proibição ao uso da força na comunidade internacional, uma vez que a validade dessa norma pressupõe a existência de limites e critérios claros para a legítima defesa, que lhe é uma exceção. Há tensão metodológica, ainda, no que diz respeito à modificação consuetudinária da proibição à força, enquanto norma *jus cogens*. Aponta-se, também, para a necessidade de preservar o delicado equilíbrio que sustenta o tripé da segurança coletiva estabelecida pela Carta (artigo 2(4), artigo 39 e artigo 51). Por fim, o contexto em que o caso se insere aponta para a necessidade de repensar, mais uma vez, a postura dos Estados, e da comunidade internacional como um todo, em relação aos meios adotados no enfrentamento ao terrorismo.

Três capítulos formam o corpo da dissertação. O primeiro deles é voltado à construção dos fundamentos teórico-normativos da proibição da força na comunidade internacional, com particular foco no instituto

---

d'une règle à partir de la prise en compte des sources formelles du droit international positif. La technique juridique vise à exposer l'état du droit tel qu'il existe et à en déterminer le contenu. Il s'agit donc d'établir et d'interpréter une règle juridique, non de l'évaluer ou de la critiquer".

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 39. "En pratique, il est parfaitement possible de développer une étude qui fera successivement appel à deux ou plusieurs disciplines scientifiques différentes."

<sup>6</sup> Ao longo deste trabalho, a palavra "precedente" quase nunca será utilizada no sentido de "precedente judicial", mas, sim, de "situação pretérita não judicializada", referente à prática internacional. Por outro lado, a alusão aos julgamentos da Corte Internacional de Justiça será feita na maioria das vezes pela palavra "caso" (a partir de *case-law*).

da legítima defesa. Ele também trata das condições teóricas e normativas da aplicação do direito internacional do uso da força a entidades não estatais, como grupos armados, forças irregulares e organizações terroristas. No capítulo seguinte, parte-se para o exame de fontes formais do direito internacional na intenção de investigar o que elas dizem sobre o exercício do direito à legítima defesa contra entidades não estatais. São analisados: (a) os três casos da Corte Internacional de Justiça que enfrentaram diretamente a questão; (b) três dos principais precedentes não judicializados entre 2001 e 2016 (Estados Unidos no Afeganistão, Israel no Líbano e Colômbia no Equador); (c) recortes da doutrina contemporânea sobre o assunto (2001-2016), organizados a partir da divisão entre a corrente *restritiva* e a corrente *extensiva* sobre o uso da força. No capítulo final, adentra-se aos pormenores do precedente sírio. Examinam-se, entre 2014 e 2016, os elementos centrais do contexto fático; em seguida, trazem-se os fundamentos jurídicos invocados pelos Estados na ocasião e, por fim, enquadra-se a situação no panorama construído nos capítulos anteriores, para verificação da hipótese avançada.

O método de pesquisa divide-se em bibliográfico e documental. No primeiro capítulo, substrato teórico, valemo-nos eminentemente de obras de teóricos clássicos do direito internacional, bem como artigos científicos sobre legítima defesa e entidades não estatais. No segundo, há uma diversificação: a pesquisa é puramente documental no que diz respeito aos julgamentos da Corte e aos precedentes não judicializados, e bibliográfica na doutrina. No terceiro e último capítulo, o contexto fático apoia-se em livros, relatórios oficiais dos Estados e das Nações Unidas<sup>7</sup> e notícias da imprensa internacional. Os fundamentos jurídicos invocados pelos Estados são estudados, primordialmente, por meio de cartas oficiais enviadas ao Conselho de Segurança, mas também através de documentos oficiais dos Estados ou relatórios a respeito. Por fim, os impactos na doutrina mais recente são pesquisados por meio de consulta a artigos científicos publicados entre 2014-2016. A referência à legislação internacional é constante no decorrer da pesquisa.

Como a maior parte das bibliografias e documentos consultados foram escritos em outro idioma, omitiu-se, nas citações específicas, a autoria das traduções, pois foram todas realizadas pelo autor desta pesquisa, o qual se responsabiliza plenamente por suas falhas. Quando

---

<sup>7</sup> Os documentos oficiais da ONU foram referenciados de acordo com sua nomenclatura oficial, e todas as respectivas referências foram precedidas da expressão “Doc. da ONU”.

não foi este o caso, o nome do tradutor é mencionado. De todo modo, a versão original ficou apresentada em rodapé, para conferência pessoal do leitor. Além disso, seguiu-se em todo o trabalho a metodologia de referências e citações determinada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) (NBR 10520:2002), ressaltando-se o fato de que, mesmo no sistema numérico, tanto as citações como as notas explicativas foram expostas em nota de rodapé, com o intento de tornar mais rapidamente acessível ao leitor a referência completa da obra e obter maior limpeza textual, aproximando-se o modelo dos padrões internacionalmente utilizados.





## 2. Legítima defesa e grupos armados não estatais

### 2.1. A legítima defesa na era da proibição à força

#### 2.1.1. O percurso do instituto na teoria clássica do direito internacional: do *bellum justum* à *guerre en forme*

O direito de autodefesa dos Estados contra ameaças externas é tão antigo quanto o próprio direito internacional. Uma breve consulta aos livros formadores da disciplina<sup>8</sup> tal qual a conhecemos é o suficiente para constatar que o direito de fazer guerra, e as condições em que ir à guerra seria coisa lícita ou justa, compõem o núcleo mesmo do sistema jurídico internacional. Na realidade, não somente no direito das gentes, mas em todo sistema jurídico, as normas fulcrais são aquelas que se prestam a regular o modo e o tempo do uso da força na sociedade em que operam, razão por que desde sempre ocuparam os juristas do direito internacional.

Este lampejo de continuidade histórica, contudo, pode adicionar mais sombra que luz na compreensão da matéria caso não se tome consciência das decisivas transformações pelas quais passaram o direito internacional e sua comunidade desde os primeiros escritos sistemáticos dos autores clássicos. De um sistema de pensamento florescido em postulados jusnaturalistas até o raciocínio positivo de um voluntarismo normativista secular, se algum elemento permaneceu aparentemente inerte na pintura teórica, o fato é que o sentido do quadro inteiro mudou. Da dimensão teológica do *bellum justum*<sup>9</sup> ao *jus contra bellum*<sup>10</sup> do

---

<sup>8</sup> DAL RI JR., Arno; LIMA, Lucas Carlos; VELOSO, Paulo P. de A (orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014.

<sup>9</sup> “Theories of the just war arose out of the need to justify warfare on juridical, moral and especially religious grounds.” RUSSEL, Frederick H. *The Just War in the Middle Ages*. New York: Cambridge University Press, 1975. p. I. “The just war tradition is based on two [...] ideas: that there are norms on the basis of which one can conclude that in some situations the resort to war is just, and that there are norms that enable war to be conducted in a just manner”. BROUGH, Michael W. *et alii* (Ed.). *Rethinking the Just War Tradition*. New York: State University of New York Press, 2007. p. 243.

<sup>10</sup> CORTEN, Olivier. *The Law Against War*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

século XX, o mundo é outro. Assim, entender brevemente algumas das dinâmicas que nessas mudanças se processaram conduz a uma melhor apreciação do direito à legítima defesa de nossos dias. Este é o propósito desta primeira subseção, destinada menos à análise das linhas históricas que das transformações teóricas identificadas nos principais escritos clássicos sobre a matéria.

A partir da leitura de Cícero, Agostinho iria formular sua doutrina da guerra justa. Na concepção do filósofo romano, “uma guerra jamais é travada pelo Estado ideal, exceto em defesa de sua honra ou de sua segurança”<sup>11</sup>. A formulação negativa da possibilidade do recurso à guerra exprimia, de imediato, a premissa ciceroniana de que existe uma forte presunção (ainda que moral) contra a guerra<sup>12</sup>, traço que, séculos depois, poder-se-ia identificar de modo claro nos escritos agostinianos. Para Cícero, nenhuma guerra podia ser considerada justa sem que tivesse sido precedida por uma conduta injusta do inimigo<sup>13</sup> – a qual era apreciada e julgada pelo colégio de feciais<sup>14</sup> –, sem que determinadas formalidades – tais como a declaração formal de guerra – tivessem sido cumpridas, e, por fim, sem que a alternativa da guerra fosse a última entre as disponíveis. “A única justificativa para ir à guerra”, nas palavras de Cícero, “é para que vivamos em paz, ilesos”<sup>15</sup>.

Séculos mais tarde, em Agostinho, tomaria sua primeira forma o pensamento cristão acerca do assunto. O recurso à guerra, para o autor, dependia também de uma *justa causa*, que funcionava, ali, como *conditio sine qua non* do direito ao uso da força militar<sup>16</sup>. A guerra deveria ser justa. De acordo com sua clássica definição do instituto,

---

<sup>11</sup> CICERO, *De Re Publica* III.xxiii, p. 213. No inglês: “A war is never undertaken by the ideal State, except in defence of its honour or its safety”.

<sup>12</sup> MATTOX, John Mark. *Saint Augustine and the Theory of Just War*. New York: Continuum Books, 2006. p. 15.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>14</sup> “The *ius fetiale* was a special system of principles and practices under the guardianship and jurisdiction of the college of fetials. It prescribed the necessary formalities and proceedings relative to the declaration of war, to the conclusion of peace and of treaties, and to extradition for certain offences. (...) The *ius fetiale* was a formal recognition, with an added religious sanction, of customs and practices of war”. PHILLIPSON, Coleman. *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*. London: Macmillan and Co., Limited, 1911. pp. 96-98.

<sup>15</sup> CICERO, *De Officiis* I.xi, p. 35. No inglês: “The only excuse for going to war is that we may live in peace unharmed”.

<sup>16</sup> MATTOX, *op. cit.*, p. 45.

Frequentemente, chamam-se guerras justas as que vingam injúrias, no caso em que uma nação ou uma cidade, que há que atacar na guerra, descuidou-se em vingar o que os seus fizeram indevidamente ou em devolver o que foi roubado por meio ilícito. Mas também sem dúvida é justa aquela guerra que Deus manda fazer, ele que não possui iniquidade e sabe o que se deve dar a cada um.<sup>17</sup>

O Bispo de Hipona parte de uma visão de mundo marcada pela dicotomia das duas cidades<sup>18</sup>, a Cidade de Deus e a Cidade dos Homens, contexto em que o ser humano, uma vez caído da perfeição original adâmica com a qual Deus o havia criado, teria o coração fatalmente inclinado às paixões da guerra na Cidade dos Homens. Em sua convicção, a guerra era tanto uma consequência do pecado como um remédio contra ele – uma resposta punitiva (ou vingativa – *ulcisci*), como se vê na definição acima –, e seu objetivo último era a paz<sup>19</sup>. A construção agostiniana lançou os fundamentos da teologia cristã acerca da doutrina da guerra justa, compreendendo-a como “um mecanismo de enfrentamento para soberanos justos que asseguraria que seus encontros internacionais violentos fossem mínimos”<sup>20</sup>, a fim de caracterizar a guerra ao máximo possível como um reflexo da vontade divina para o caso específico e, em todo caso, como justa. Sua principal função, portanto, era ser uma ferramenta para maximizar a realização da justiça

---

<sup>17</sup> AGOSTINHO. *Questiones sobre el Heptateuco*. 6.10. Trad. Olegario Garcia de la Fuente. Disponível em:

[http://www.augustinus.it/spagnolo/questioni\\_ettateuco/index2.htm](http://www.augustinus.it/spagnolo/questioni_ettateuco/index2.htm). Acesso em dezembro de 2016. “Suelen llamarse guerras justas las que vengan injurias, en el caso de que una nación o una ciudad, que hay que atacar en la guerra, ha descuidado vengar lo que los suyos han hecho indebidamente o devolver lo que ha sido arrebatado por medio de injurias. Pero sin duda también es justa aquella guerra que Dios manda hacer, él que no tiene iniquidad y sabe lo que se debe dar a cada uno. En esta clase de guerra, el jefe del ejército o el propio pueblo no es tanto el autor de la guerra cuanto el servidor de la misma.”

<sup>18</sup> AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

<sup>19</sup> RUSSEL, *op. cit.*, p. 16.

<sup>20</sup> MATTOX, *op. cit.*, p. 35. “(...) it is a coping mechanism for righteous sovereigns who would ensure that their violent international encounters are minimal”.

através da guerra e, ao mesmo tempo, minimizar tanto quanto possível as relações de violência entre soberanos.

No pensamento agostiniano, o príncipe, soberano, é o único ente que detém o poder de declarar uma guerra justa. E, em seu ofício, ele jamais poderia valer-se das armas para materializar más intenções, tais como o amor pela violência, a inimizade implacável, a extensão do império (*imperii amplificatio*) ou a sede pelo poder (*libido dominandi*). A guerra justa é a que deriva da boa intenção (*recta intentio bellandi*), a saber, o objetivo de proteger a si mesmo ou de punir as violações à ordem moral – somente quando a guerra se mostra o melhor remédio –, ou, ainda, a que resulta de uma ordem direta de Deus<sup>21</sup>. Além disso, a teoria de Agostinho não demonstra a preocupação de estabelecer uma distinção entre guerras defensivas e guerras ofensivas. “A defesa da *patria*, dos seus cidadãos e da sua propriedade era uma causa justa para a guerra”<sup>22</sup>, tanto quanto a punição de um Estado por negar um direito de passagem, por exemplo. O critério, a bem dizer, era a vindicação da justiça – na forma da vingança contra injúrias, i.e, *ulcisci injurias*<sup>23</sup> –, fosse esta realizada em forma de agressão ou defesa, reconhecendo-se ambas como justas, desde que houvesse justa causa.

Séculos adiante, a escolástica cristã, com Tomás de Aquino, daria continuidade e desdobramento às premissas teológicas agostinianas acerca da guerra justa. Na questão 40 da parte *Secunda secundae* da Suma Teológica<sup>24</sup>, Aquino estabelece três condições para que uma guerra seja justa: a autoridade de um príncipe a quem compete declarar a guerra, pois a ele incumbe invocar a coletividade e defender o bem público da cidade contra os inimigos externos; a existência de uma justa causa, i.e., que “quem é atacado o mereça por alguma coisa” – e neste mesmo parágrafo, Aquino traz a citação direta do conceito agostiniano de guerra justa –; e, por fim, que a intenção das partes seja boa, “uma intenção encaminhada a promover o bem ou a evitar o mal”, tendo como fim último a busca pela paz. Em nenhum momento, portanto, seja em Agostinho, seja em Aquino, reconhece-se o direito à guerra pela guerra, mas à defesa da justiça com “boas intenções”, seja por meios pacíficos

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 47-51. “In sum, Augustine justifies the state in going to war when doing so constitutes the best available remedy for fighting injustices”. (p. 51).

<sup>22</sup> RUSSEL, *op. cit.*, p. 21. “Augustine’s just war did not attempt to distinguish between offensive and defensive warfare. Defense of the *patria*, its citizens and property was a just cause for war (...)”

<sup>23</sup> AGOSTINHO, vide nota 17.

<sup>24</sup> Disponível em: <http://hjjg.com.ar/sumat/c/c40.html>. Acesso em julho de 2016.

ou, caso necessário, pelo recurso à força. Este é o cerne mesmo da teoria da guerra justa.

Em passo timidamente mais exógeno, da seara teológica em direção ao domínio do direito, situa-se a obra de Francisco de Vitoria, no ano de 1539. No contexto da escolástica espanhola tardia, Vitoria solidificaria as bases jurídicas da doutrina da guerra justa. Ao propor resposta à indagação de se seria lícito aos cristãos fazer guerra, Vitoria prova seu argumento fazendo referências, basicamente, às obras de Agostinho e Aquino, mas também à lei natural, ao direito romano, à preservação e ao bem de todo o orbe e ao exemplo dos santos<sup>25</sup>. Se bem que de modo próprio a seu tempo, o teólogo espanhol dialoga de modo mais intenso com o direito das gentes. Em conteúdo, revisita em boa medida as doutrinas dos pais da Igreja.

Em Vitória, qualquer um, e não só o príncipe, tem direito a mover guerra defensiva, em seus respectivos domínios. Entretanto, somente o príncipe a declara em nome da República. Sua obra faz distinção entre guerras ofensivas e defensivas, sendo, contudo, ambas lícitas desde que haja justa causa. Na perspectiva do Estado que sofre uma agressão, o autor não aceita que um direito à legítima defesa seja meramente passivo, pois “[c]areceria em absoluto de toda equidade a condição da guerra se, quando os inimigos invadissem injustamente a república, a esta somente fosse lícito rejeitá-los para que não seguissem adiante”<sup>26</sup>. Ao mesmo tempo, não deixa de reconhecer, no domínio privado, que, quando um cidadão puder se defender de um ladrão ou inimigo através da fuga, deverá optar por esta última no lugar da agressão, com o objetivo de infligir “o menor dano possível ao agressor”<sup>27</sup>.

Entre as causas aptas a justificar uma guerra não se encontram, no pensamento vitoriano, a diversidade de religião, nem a glória do príncipe ou qualquer outro proveito particular que possa obter, e nem a intenção de estender os domínios – pois, caso contrário, “haveria sempre causa justa para qualquer uma das partes beligerantes e assim todos seriam inocentes”<sup>28</sup>. Em termos agostinianos, não se poderia guerrear com más intenções. “A única causa justa para fazer a guerra é a injúria

---

<sup>25</sup> VITORIA, Francisco de. *Os Índios e o Direito da Guerra*. Ijuí: Unijuí, 2006. pp. 116-118.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 126.

recebida”<sup>29</sup>, pois. E não basta que seja de qualquer gravidade: porque não se pode impor a pena da morte para uma culpa qualquer, uma vez que a medida do castigo deve se adequar à gravidade do delito.

Em tudo isso, jamais um príncipe deve buscar motivos para fazer guerra, considerando, antes, o outro como o próximo a quem se deve amar. Uma vez movida, a guerra não deve buscar a ruína do inimigo, mas apenas a satisfação do direito de quem guerreia, tendo como fim último a paz. Ao termo da guerra, o vencedor deve se colocar como justo juiz entre as Repúblicas envolvidas e, nessa função, assegurar o menor dano e prejuízo possíveis à República culpada<sup>30</sup>.

Em Vitoria, já há uma maior interação entre argumentos teológicos e jurídicos. Mas é Hugo Grotius quem, em 1625, com a tão polêmica quanto importante hipótese impiíssima<sup>31</sup>, faz o movimento definitivo, ainda que incompleto, na direção da secularização sistemática do direito internacional. Para o filósofo holandês, o direito das gentes encontra sua fonte tanto no direito natural, que traduz-se por meio da razão humana concedida por Deus, quanto na utilidade, por força da qual também surgem certas leis entre os Estados<sup>32</sup>. Seu raciocínio ainda apresenta inúmeras variáveis teológicas, mas, ao mesmo tempo, dá preferência aos argumentos baseados no direito natural, num jusnaturalismo laico. A exposição grociana apoia-se significativamente, também, nos jurisconsultos romanos.

Ao tratar da questão da guerra, Grotius retoma a obra de Cícero para afirmar que o primeiro dever que se origina da natureza em relação a este assunto é “o de se conservar no estado em que a natureza nos colocou”<sup>33</sup>. Assim, nada há no direito natural que, em princípio, proíba a guerra, desde que o seu objetivo seja assegurar a conservação da vida e do corpo. “Se for necessário”, pois, “empregar a violência em vista destes resultados, nada há que se oponha a esses princípios primitivos,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*. “Por estas palavras se vê claramente que não é lícito usar a ira da espada contra aqueles que não nos fizeram nenhum mal, visto que é proibido pelo direito natural matar os inocentes.” p. 127.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 158-159.

<sup>31</sup> Ei-la: “O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objeto de seus cuidados”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*. Vol. 1. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 40.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 43-44.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 99.

porquanto a natureza dotou cada animal de forças físicas que possam lhe bastar para se defender e para providenciar o de que tenha necessidade”<sup>34</sup>. Nesse raciocínio, não é ilícito, segundo os princípios da reta razão e da natureza da sociedade, agir de modo a preservar os próprios interesses, desde que os direitos alheios sejam preservados. “Em decorrência, o emprego da força, quando não viola o direito dos outros, não é injusto”<sup>35</sup>. Para o autor, a guerra pode ser tanto pública, feita pela autoridade civil, quanto privada, oriunda do direito de rechaçar uma ofensa. Grotius faz uma ampla leitura das fontes e prova pela história, pelo consenso, pelo direito das gentes, pelo direito divino voluntário, pela lei do Evangelho e pelo consenso dos pais da Igreja, que não comete ato ilícito aquele que, por motivo justo, empreende guerra.

Encontram-se ainda em Alberico Gentili<sup>36</sup>, Samuel Pufendorf<sup>37</sup> e Emer de Vattel<sup>38</sup>, entre outros, os postulados da doutrina da guerra justa, em cada um a seu modo. O direito à defesa e à autopreservação, porém, faz-se presente em todos eles, como causa justa para guerra. Entretanto, aos poucos vai-se notando uma tendência a privilegiar a justiça da guerra em seu sentido formal, e a qualidade do inimigo contra quem se luta, em detrimento do sentido material, isto é, da discussão sobre a justa causa na guerra. Ao mesmo tempo, observa-se a consolidação da tendência para a exclusividade do soberano na declaração da guerra, isto é, um fenômeno exclusivista de publicização.

Na obra de Gentili, a guerra é, em regra, coisa pública, levada a cabo entre inimigos públicos em condição de igualdade – *justus hostis* –, não sujeitos a jurisdição entre si<sup>39</sup>. Para o autor, é definitivo que “a

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>36</sup> GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra (De Iure Belli Libri Tres)*. Ijuí: Unijuí, 2004. “Guerra é a justa contenda de armas públicas” (p. 61). “Escrevi *justa contenda*, uma vez que quero que a guerra seja justa e justa em todas as suas partes” (p. 63). “Inimigos são aqueles que fazem a guerra contra nós ou contra os quais nós a intimamos publicamente; os outros são ladrões ou salteadores” (p. 65).

<sup>37</sup> PUFENDORF, Samuel. *Of The Law of Nature and Eight Books*. Cap. V. *Of Self-Defence*. 1672. p. 183.

<sup>38</sup> VATTEL, Emmerich de. *O Direito das Gentes ou Princípios da Lei Natural Aplicados à Condução e aos Negócios das Nações e dos Governantes*. Trad. Ciro Monanza. Obra de 1758. No prelo.

<sup>39</sup> Começa em Gentili uma preocupação mais sofisticada com a qualidade do inimigo, e não apenas com a justa causa. Para haver uma guerra, faz-se necessário um *justus hostis*, transição que iria, aos poucos, marcar o fim da

guerra pode ser feita justamente, mesmo a de vingança, ainda que ofensiva”<sup>40</sup>. Para movê-la, entretanto, é necessária uma causa. E uma causa não insignificante e justa, pois, a seu ver, causa injusta não é causa. Entre as razões potencialmente justas para a realização da guerra, Alberico elenca a defesa necessária (a proteção à violação do direito natural por nós sofrida), a defesa útil (quando se faz guerra pelo temor de que, não a fazendo, o outro faça contra nós) e a defesa honesta (em favor de terceiros, fundada na caridade). Contudo, só se deve ir à guerra quando se faz necessária, *i.e.*, “quando de outro modo não haveria como manter a vida, senão fazendo a guerra”<sup>41</sup>, ou quando se faz útil (em caso de vingança a agressões sofridas). Isto porque “a natureza de onde surge o direito que cada um tem de defender-se nos concede também o direito de punir”<sup>42</sup>. Enquanto o cidadão privado, diante da injustiça, recorre ao juiz para obter justiça, o cidadão público – soberano – recorre às armas para vingá-la. Vê-se que, aqui, retorna a concepção agostiniana, punitiva. Além disso, com base na punição às violações ao direito dos homens, Gentili também defendia a justa guerra contra grupos não-estatais, no caso, os índios e os piratas, desde que declarada pelo soberano. Para o filósofo italiano, por fim, a guerra, sobretudo, não necessariamente é justa para apenas uma das partes. Sob a perspectiva de quem luta, ela é justa para ambas, segundo uma noção de justiça relativa da guerra<sup>43</sup>. Esta compreensão específica quanto à justiça da guerra iria ser definitiva no processo de secularização do conceito que se estabeleceria definitivamente nos séculos seguintes.

O pensamento jusnaturalista ainda se faz sensivelmente presente na obra de Emer de Vattel, escrita em 1758. O raciocínio do autor, contudo, é quase inteiramente secularizado. Foi com Vattel que o direito internacional deixou de ser uma rede confusa de leis e normas aplicáveis indistintamente a nações, povos e indivíduos e “passou a ser

---

doutrina da guerra justa e o início do paradigma da *guerre en forme*, prevalente no *jus publicum europeum* a partir dos séculos XVIII e XIX. A respeito: SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

<sup>40</sup> GENTILI, *op. cit.*, 2004, p. 85.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 87. “A isso nos obriga a enfermidade da natureza humana, pela qual cada coisa nos aparece de modo velado e não nos é consentida aquela percepção segura da justiça absoluta que não permitira verdadeiramente que dois pudessem contender entre eles e ambos tivessem razão, sem que o justo fosse ofendido por parte de um ou de outro”.



conclusivamente concebido como um direito entre Estados”<sup>44</sup>. Na concepção do autor, “o direito das gentes é a ciência do direito que tem lugar entre as nações ou Estados e das obrigações que respondem a esse direito”<sup>45</sup>, considerando-se que tais nações ou Estados encontram-se sujeitos à lei da natureza, uma vez que os homens, unidos, não cessam de ser homens e, portanto, sua sociedade sujeita-se aos mesmos direitos e deveres que possuem individualmente. O direito internacional, para o autor, divide-se em necessário (aplicação do direito natural, imutável, às nações) e positivo (obrigações estabelecidas voluntariamente entre as nações, por tratados e costumes) – divisão que, de certo modo, já se observava em Grotius.

O filósofo suíço, porém, aborda com maior cautela o direito de recorrer à força em caso de violação do direito natural por outro Estado. Ainda que todas as nações possuam esta prerrogativa de “reprimir pela força aquela que abertamente viola as leis da sociedade que a natureza estabeleceu ou que ataca diretamente o bem e a segurança dessa sociedade”, o autor chama atenção para o fato de que “é preciso tomar cuidado para não estender esse direito em detrimento da liberdade das nações”, sendo que “todas juntas não têm, pois, nenhum direito sobre a conduta de cada uma, a não ser enquanto a sociedade natural se encontre nela interessada”<sup>46</sup>. Vê-se, aqui, até uma certa dimensão coletiva, voltada aos interesses da sociedade natural.

A definição de guerra, na obra de Vattel, corresponde a esse “estado em que se busca seu direito pela força”<sup>47</sup>, sendo que ela só pode ser levada a efeito pelo soberano. Para ele, “a natureza concede aos homens o direito de usar a força, quando necessário, para a sua defesa e para a conservação de seus direitos”<sup>48</sup>, tendo este princípio sido gravado no coração dos homens. Não obstante, trata-se de “um direito triste em si”, concedido pela natureza “somente por necessidade”, cujo exercício

---

<sup>44</sup> PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 31. “It is with Emer de Vattel’s textbook of 1758 that international law came to be conclusively shaped as a law between states [...] Before Vattel, international law had been a fusion of pre-existing rules, complemented to a certain degree by human-made law, being applicable to rulers of nations, to corps of citizens and to private individuals”. Veja também: EMMANUELLE, Jouanet. *Emer de Vattel et l’Émergence Doctrinale du Droit International Classique*. Paris: A. Pedone, 1998.

<sup>45</sup> VATTEL, *op. cit.*, p. 45.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 320.

deve se dar dentro de “justos limites [que] devem ser marcados externamente e [...] moderados por regras da justiça, da equidade, [e] da humanidade”<sup>49</sup>. Ao distinguir entre guerras defensivas e ofensivas, Vattel pontua que a luta pela conquista ou para invadir o bem de outrem é antes banditismo que guerra. O autor aponta para o fato de que não se deve empreender uma guerra sem motivos muito fortes para tal<sup>50</sup>: “o direito de usar a força ou de mover a guerra não pertence às nações a não ser para sua defesa e para a manutenção de seus direitos [...] [d]igamos, portanto, em geral, que o fundamento de ou a causa de toda guerra justa é a agressão, já feita ou da qual há ameaça”<sup>51</sup>. Da formulação negativa, que traz à mente o modo ciceroniano, emerge o conceito de agressão, como meio de verificação mais ou menos objetivo acerca da justiça da guerra (seus limites marcados “externamente”), ainda que o termo fosse entendido em sentido amplo – como qualquer agressão aos direitos perfeitos de uma nação, e não necessariamente uma agressão armada. A guerra, portanto, deveria ser travada com atenção às suas legítimas finalidades: autodefesa, vingança da agressão ou punição para garantir a futura segurança<sup>52</sup>. Fora de tais circunstâncias, Vattel arremata que toda guerra será injusta.

O exposto até aqui é para mostrar quão intensamente se percebe, desde muito tempo, a presença do direito a usar força militar para autodefesa de uma nação ou Estado contra agressões externas. Indubitavelmente, esta trajetória fez emergir um direito consuetudinário à legítima defesa cujos contornos e limites foram sendo pouco a pouco

---

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 328-329. “Qualquer pessoa que tivesse uma idéia da guerra, qualquer pessoa que refletisse sobre seus efeitos terríveis, sobre as consequências funestas que produz, concordaria facilmente que não deve ser empreendida sem razões muito fortes. [...] Se à imprudência, à falta de amor por seu povo [o soberano] acrescer a injustiça para com aqueles que ataca, de que crime, ou melhor, de espantosa sequência de crimes não se torna culpado? [...] Verdades certas, imagens terríveis que deveriam inspirar aos condutores das nações, em suas incursões guerreiras, uma circunspeção proporcional à importância do tema.”

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 330. “[...] o objetivo ou a finalidade legítima de toda guerra [...] é vingar ou prevenir a agressão. Vingar significa aqui buscar a reparação da agressão, se for de natureza que possa ser reparada ou uma justa satisfação, se o mal é irreparável; é ainda, se o caso exigir, punir o ofensor em vista de providenciar por nossa segurança para o futuro”.

secularizados<sup>53</sup> e modificados ao longo do tempo. Do século XVIII ao XIX, consolidou-se lentamente na comunidade internacional um paradigma em boa medida alheio a preocupações teológicas, em que, aos poucos, o foco da justiça da guerra mudou, tirando os olhos da justa causa, da justiça material, e atentando para o conceito de “inimigo justo”<sup>54</sup> – *justus hostis* –, a justiça formal. O inimigo passou a não mais

---

<sup>53</sup> Ao final do século XIX, os escritos a respeito da guerra empregavam termos amplamente voluntaristas, em grande parte desligados do paradigma jusnaturalista e totalmente apartados da argumentação teológica. Veja-se esta definição de guerra, por exemplo: “La guerre consiste dans l’emploi de la force armée par le souverain de l’État ou celui que se trouve de fait en possession des droits de souveraineté, dans le but de soutenir ou défendre un droit, d’obtenir la réparation d’une offense et, en général, de résoudre une question de droit public”. FIORE, Pasquale. *Droit International Codifié et sa Sanction Juridique*. Trad. A. Chrétien. Paris: Chevalier-Marescq et Cie., 1890. p. 303. E este outro exemplo acerca da justiça relativa da guerra: “[...] il peut se rencontrer entre deux personnes morales, des droits égaux ou presque égaux qui sont en conflit entre eux. Cela arrive toutes les fois que les devoirs envers soi-même contrastent avec les devoirs envers les autres, de telle manière qu’on ne peut les combiner ensemble: ils sont pour ainsi dire en équilibre, et des deux parts c’est le cas de l’extrême nécessité. S’il en résulte une guerre, elle sera légitime des deux cotés, et le succès de celui qui sera supérieur en forces et en ressources n’a rien de commun avec le droit; il ne rend point injuste la prétention du vaincu, il la rend seulement malheureuse.” GALIANI. *Dei doveri dei principi neutrali verso i principi guerreggianti e di questi verso i neutrali*. 1782. apud PRADIER-FODÉRE, P. *Droit International Public Européen & Américain*. Tome Premier. Paris: G. Pedone-Lauriel, 1885. p. 372.

<sup>54</sup> PIETROPAOLI, Stefano. Definire il male. La guerra di aggressione e il diritto internazionale. *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2007. “Ogni Stato aveva il diritto di muovere guerra, e quindi la guerra fra Stati era sempre ‘giusta’ (in senso giuridico-formale), indipendentemente dal valore delle posizioni etiche, politiche e giuridiche della parti in causa. L’avversario, non essendo più il difensore di una causa ingiusta, poteva essere considerato “nemico giusto” (*justus hostis*), e non un criminale o un nemico assoluto da sterminare. Divenne così possibile elaborare un sistema di norme (lo *jus belli*) che poggiava su un concetto ‘non discriminatorio’ di guerra, che rese possibile una limitazione della violenza bellica. Nel diritto internazionale classico non esisteva dunque alcuna norma che stabilisse l’illiceità della guerra in determinati casi. Esisteva, al contrario, una norma che riconosceva alla volontà di ogni sovrano il potere di condurre legittimamente una guerra. Nessuna rilevanza giuridica avevano le cause, i motivi e gli scopi della guerra. Il concetto di aggressione era del tutto estraneo allo *jus publicum*

ser visto, necessariamente, como um pecador ou um criminoso que atentava contra a ordem divina ou imutável do direito da natureza, mas, antes, apenas como um inimigo no conceito jurídico nascente do termo, conceito formal, um “inimigo justo” (*justus hostis*), com o qual era possível firmar um tratado de paz ao final das hostilidades. Chega-se, aí, a um conceito não-discriminatório de guerra: o inimigo não é confundido com um criminoso.

O conceito de *justus hostis* e de inimizade pública também abriu espaço ao instituto jurídico da neutralidade de terceiros Estados, pois a justiça da guerra tornou-se particular, bilateral, e não mais envolvia culpa teológica. “No sentido do direito das gentes europeu da época interestatal, é justa *qualquer* guerra interestatal, feita em solo europeu, segundo as regras do direito europeu da guerra, *por exércitos organizados* dos Estados reconhecidos pelo direito das gentes europeu”<sup>55</sup> (destaque adicionado). A guerra tornou-se, na análise de Carl Schmitt, uma *guerre en forme* entre *justi hostes*, um duelo, um terçar armas entre pessoas morais.

Esse pensamento encontra-se claramente gravado nos escritos de Hegel, e, de modo particular, em seus *Princípios da Filosofia do Direito* publicado em 1820. Ali, o Estado é elevado à entidade máxima da existência humana: “Enquanto Estado, o povo é Espírito em sua racionalidade substancial e em sua realidade imediata. É pois o poder absoluto sobre a terra.”<sup>56</sup> A guerra, assim, no contexto da sociedade internacional formada por Estados soberanos e iguais entre si, é compreendida por Hegel em um contexto no qual o uso formalmente adequado da força armada é visto não como uma negação, mas como uma afirmação do direito internacional. O duelo entre os Estados pressupunha sua igualdade – os beligerantes se enxergavam como *justi hostes*. Nos dizeres do autor,

Até na guerra como situação de violência e contingência, como situação não-jurídica, subsiste uma ligação que é a de os Estados mutuamente se reconhecerem como tais. Nesta ligação valem eles um para o outro como existentes em si e para si,

---

*europaeum*. La dichiarazione di guerra non era un atto di aggressione, ma, al contrario, era un'azione conforme al diritto di guerra.”

<sup>55</sup> SCHMITT, 2014, *op. cit.*, p. 153.

<sup>56</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Martins Fontes: São Paulo, 1997. p. 301.

de tal modo que a guerra se determina como algo de transitório. Implica ela, portanto, o seguinte caráter concordante com o direito: até na guerra, a possibilidade da paz é preservada; os parlamentares são, por exemplo, respeitados e, em geral, nada é feito contra as instituições internas de cada Estado, contra a vida familiar do tempo de paz nem contra as pessoas privadas.<sup>57</sup>

Na primeira metade do século XIX, liam-se também as palavras de Clausewitz, igualmente adequadas para retratar a situação histórica do momento: “A guerra nada mais é que um duelo em grande escala. (...) [U]m ato de força para obrigar o nosso inimigo a fazer a nossa vontade”<sup>58</sup>. O meio pelo qual se faz a guerra é a força, que encontra certas limitações na legislação e no costume internacionais, “mas elas pouco a enfraquecem”<sup>59</sup>. Naquele contexto, a razão inicial para a guerra era, essencialmente, um *propósito político*<sup>60</sup>. A guerra, em suma, era, na famosa descrição do autor, “a continuação da política com outros meios”<sup>61</sup>.

Em 1894, Henry Bonfils trocava a palavra “justiça” por “legitimidade” ao tratar das situações em que a guerra seria permitida, tais como a legítima defesa, conceituada como a “defesa da independência, da autonomia, da segurança, da honra de um Estado”<sup>62</sup>. A seu modo de ver, “uma guerra não é justa ou injusta nela mesma, nem por seus resultados”, referindo-se à questão da justiça da guerra como “de mínima importância prática” e “impossível de resolver”<sup>63</sup>. A decisão de ir ou não à guerra possui caráter político, na visão do autor, e é deixada à margem de apreciação de cada Estado, diante das alegadas violações que contra si são cometidas nos casos concretos. Entretanto, nota-se ainda que, para Bonfils, “a guerra não pode ser considerada

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>58</sup> CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Trad. Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. Publicado originalmente em 1832. p. 75.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>62</sup> BONFILS, Henry. *Droit International Public (Droit des gens)*. Paris: Arthur Rousseau, 1894. p. 562.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 563.

como o estado normal da humanidade. Ela não pode ser senão um estado excepcional, transitório, passageiro”<sup>64</sup>.

O grande veículo da desteologização do pensamento jurídico internacional foi, sem dúvida, o Estado, enquanto unidade territorial da nova ordem que se formava<sup>65</sup>. A religião continuaria determinando a visão de mundo em boa parte, mas evidenciava-se aí uma ruptura. Essa nova ordem territorial deu origem a um ordenamento jurídico internacional essencialmente interestatal – baseada na distinção entre *droit international public* (que passou a ser sinônimo de *droit des gens*) e *droit international privé*. O direito internacional (público) tornou-se então, simplesmente, o conjunto de regras jurídicas observadas nas

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 562. “La guerre ne saurait être considérée comme l’état normal de l’humanité. Elle ne peut être qu’un état exceptionnel, transitoire, passager”.

<sup>65</sup> A Guerra dos 30 Anos culminou na assinatura dos tratados de Münster e Osnabrück, na região de Vestfália, em 1648. Ali, seriam lançadas as bases de um sistema internacional apoiado sobre uma balança de poder entre Estados europeus soberanos e iguais em direito, estabelecendo-se, também, o princípio *cujus regio, ejus religio* (a religião é de quem tem a região). O princípio hobbesiano seria peça fundamental no movimento de secularização do sistema jurídico internacional, pois permitiria uma neutralização das faidas e guerras religiosas e a aliança entre Estados protestantes e católicos.

relações entre os Estados<sup>66</sup>, os quais seriam, consequentemente, os únicos sujeitos de direito do sistema jurídico internacional<sup>67</sup>.

Exatamente por esta razão, a mudança no conceito de guerra aí operada, aliada ao nascimento e à consolidação do conceito de personalidade jurídica internacional<sup>68</sup>, trouxe consigo a publicização das relações de inimizade e, nessa extensão, a publicização definitiva da guerra, que passaria a ser um terçar armas entre *personnes morales*, um conflito essencialmente interestatal levado a cabo por exércitos regulares e organizados, reconhecidos pelo direito das gentes europeu. Nesse contexto, o direito à legítima defesa seria um direito existente somente

---

<sup>66</sup> “Le *Droit International public* (ou *Droit des gens*) est l’ensemble des règles qui déterminent les droits et les devoirs respectifs des États dans leurs mutuelles relations [...] C’est l’État, ce n’est, ni la race, ni la nationalité, qui constitue l’*être moral* dont la vie juridique forme l’objet du droit international, être moral susceptible d’avoir des droits et des devoirs [...] Le Droit international *public* a pour objet le règlement des rapports établis entre les États considérés comme personnes juridiques, comme membres de la grande société humaine. Les États sont ses sujets”. BONFILS, 1894, *op. cit.*, pp. 1-2. “Le droit des gens est l’ensemble des règles observées dans les rapports respectifs des États, ayant la conscience et la volonté d’être soumis à des obligations juridiques”. CHAUVEAU, M. E. *Droit des gens ou droit international public*. Paris: Arthur Rousseau, 1891. p. 58. Nessa época, emergiam com força as interpretações positivistas do direito internacional: “Le droit des gens n’est pas seulement une conception plus ou moins exacte de la raison et de l’esprit humain. Il faut lui reconnaître le caractère d’un *droit positif*, puisqu’il comporte, en fait, un ensemble des règles, reconnues obligatoires par les sujets mêmes qu’elles régissent, et des préceptes dont l’observation s’impose comme une chose juste, dont la violation est prohibée comme injuste.” (*Ibidem*, pp. 1-12).

<sup>67</sup> “Certamente pode acontecer que uma evolução futura produza um novo direito internacional, a reconhecer certos grupos, no interior dos Estados atuais, como sujeitos internacionais independentes. Há mesmo presentemente, a êsse respeito, sintomas interessantes, sobretudo acêrca das minorias nacionais e religiosas, e da proteção destas. Talvez a dissolução ameaçadora do Estado moderno coloque grandes grupos econômicos em lugar dos Estados, e produza, por conseguinte, um direito internacional inteiramente nôvo. Mas, enquanto o esperarmos, manteremos nossa tese: os Estados coordenados são os únicos sujeitos de direito internacional (...)”. TRIEPEL, Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, ano XVII, n. 6, outubro de 1966. Texto apresentado originalmente em uma conferência proferida em 1923. p. 13.

<sup>68</sup> PORTMANN, 2010, *op. cit.*; JOHNS, Fleur (org.). *International Legal Personality*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2010.

entre Estados – como todos os outros direitos dos quais se ocuparia a disciplina do direito internacional público a partir da era da interestatalidade.

Oppenheim, em 1905, entendia por “direito internacional” (*international law, droit des gens, Völkerrecht*) “o nome do corpo de regras consuetudinárias e convencionais [...] consideradas juridicamente vinculantes por Estados civilizados em suas relações uns com os outros”<sup>69</sup>. Um direito somente para os Estados, únicos sujeitos do sistema, “não um direito para indivíduos”<sup>70</sup>. Com respeito ao uso da força, o autor não hesitava em afirmar sua licitude em princípio, visto que “a guerra não [era] inconsistente com, mas uma condição regulada pelo, direito internacional”<sup>71</sup>. Sua própria conceituação de guerra exprimia o caráter essencialmente interestatal de seu pensamento: “guerra é a luta entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas para o propósito de superar em poder uns aos outros e impor condições de paz que agradam ao vencedor”<sup>72</sup>, uma vez que não seria possível existir relação de inimizade (que se pressupunha inimizade pública) entre sujeitos privados<sup>73</sup>. Em Oppenheim vê-se, ainda, um menosprezo em relação às causas e à questão da justiça (relativa) da guerra para o direito internacional, embora importantes para a ética<sup>74</sup>.

A Dionisio Anzilotti, cujos escritos mais importantes datam da mesma época, pode-se atribuir, do mesmo modo, uma tal concepção do sistema jurídico internacional que orbita em um universo formado

---

<sup>69</sup> OPPENHEIM, L. *International Law: A Treatise*. Vol. 1. London: Longmans, Green, and Co., 1905. “Law of Nations or International Law (*Droit des gens, Völkerrecht*) is the name for the body of customary and conventional rules which are considered legally binding by civilised States in their intercourse with each other” p. 2.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 3. “The Law of Nations is a law for the intercourse of States with one another, not a law for individuals”. “Sovereign States exclusively are International Persons – i.e. subjects of International Law.” p. 99.

<sup>71</sup> *Ibidem*, vol. 2, p. 56.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 56. “War is the contention between two or more States through their armed forces for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases”.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 60. “The majority of European continental writers for the last two generations have propagated the doctrine that no relation of enmity exists between belligerents and such private subjects, or between the private subjects of both belligerents”.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 69. “(...) the question as to the causes of war is of minor importance for the Law of Nations, although not for international ethics”.



exclusivamente por Estados, cujo fundamento é a vontade destes entes soberanos<sup>75</sup>. Além disso, a mesma indiferença quanto à doutrina da guerra justa parece confirmar e consolidar as mudanças no conceito de guerra operadas no século XIX: “não existem guerras conformes ou contrárias ao direito devido a sua causa, mas somente devido ao modo como são conduzidas”, pois a guerra é, de certo modo, fenômeno externo ao direito, destinado à modificação da ordem jurídica e valorável somente política ou eticamente<sup>76</sup>. Caso quiséssemos, essa poderia ser, literalmente, a definição do conceito de *guerre en forme*.

Apesar de majoritária, a concepção não era unânime. A este respeito, nota-se que a escola francesa seguia um caminho específico, que ia na direção oposta à maioria da doutrina europeia continental. Em Georges Scelle<sup>77</sup> e Léon Duguit<sup>78</sup>, desenvolvia-se a perspectiva do direito internacional fundada na solidariedade social existente entre os indivíduos, estes, sim, os verdadeiros e únicos sujeitos de todo direito e, portanto, também do direito internacional<sup>79</sup>. Para esta escola, o direito não emanava da vontade individual ou coletiva dos Estados, mas, antes, era “um produto espontâneo do meio social, anterior e superior a toda aceitação, talvez mesmo a toda consciência clara dos indivíduos cujos

---

<sup>75</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. 3ª ed., 1927.

<sup>76</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*. Conferência ministrada na abertura do ano letivo 1914-1915, na Università di Roma. Trad. de Arno Dal Ri Jr. No prelo. p. 4.

<sup>77</sup> SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique. Première partie*. Paris: Recueil Sirey, 1932.

<sup>78</sup> DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martín Claret, 2009. “(...) o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social”. p. 30.

<sup>79</sup> SCELLE, 1932, *op. cit.*, p. 42. “La doctrine classique qui ne connaissait qu’une société internationale globale composée d’États, attribua longtemps à ces seuls États la qualité de sujets de droit. Ce n’est que récemment que les auteurs ont commencé à admettre l’individu, dans des cas exceptionnels, à partager avec l’État cette qualité. Il est vrai qu’ils ne se plaçaient qu’au point de vue du droit public. Nous dirons au contraire que dans les différentes sociétés internationales le sujet de droit est *toujours* et ne peut-être que l’individu, soit dans le domaine du droit public, soit dans le domaine du droit privé (...) Les individus seuls sont sujets de droit en droit international public.”

comportamentos ele rege”<sup>80</sup> – direito a que denominavam direito objetivo.

No início e em boa parte da primeira metade do século XX, portanto, somos deixados com uma doutrina que, apesar de não unânime, apresentava-se, em sua larga maioria, por meio de traços estatelistas, voluntaristas<sup>81</sup>. Em seu seio, o recurso à guerra por parte dos Estados, para defesa de seus interesses, definitivamente não era algo proibido *a priori*. O direito internacional preocupava-se mais com a forma de fazer guerra do que com as alegadas causas. Mais com a qualidade dos beligerantes do que sua reivindicação de justiça. A desvinculação entre guerra e justiça permitiu que as guerras fossem vistas como duelos para os quais, ao final, esperava-se a conclusão de um tratado de paz.

O extermínio e a desumanização, tão conectados às faidas religiosas dos séculos anteriores, já não eram consequências necessárias da inimizade. O inimigo, apesar de inimigo, era visto como um igual. Assim, a deflagração da guerra não representava, aí, uma ruptura da ordem, mas, ao contrário, uma confirmação dela, visto que as hostilidades eram conduzidas publicamente e de acordo com as regras jurídicas a ela aplicáveis. Foi, ao mesmo tempo, um período de grande fortalecimento do *jus in bello*<sup>82</sup>.

Não se via nessa doutrina oitocentista uma preocupação moral significativa a respeito da guerra, diferentemente dos teóricos da guerra justa, para quem a guerra, apesar de ser um recurso disponível aos Estados, não era senão uma luta a ser travada a partir de uma intenção reta, com vistas à realização da justiça. Nos séculos XIX e início do XX, essa ideia havia em boa medida se dissolvido. A legítima defesa, nesse período como nos outros, era um direito internacional dos Estados, e aqui somente deles, em suas relações entre si. Somente após a primeira

---

<sup>80</sup> SCELLE, 1932, *op. cit.*, p. 2. “(...) le Droit est un produit spontané du milieu social, antérieur et supérieur à toute acception, peut-être même à toute conscience claire des individus doit il régir les comportements.”

<sup>81</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 275. “Until the 1870s, even public law had been based on the voluntarist principles of the Napoleonic code that saw the State as a compact between mature citizens. The same construction had been projected onto international law as well.”

<sup>82</sup> Vide, a respeito, as Convenções da Haia de 1899 e 1907. Disponíveis em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>. Acesso em agosto de 2016.

grande guerra mundial, nos desdobramentos que se seguiriam, é que seria possível falar do nascimento de uma proibição geral da guerra no direito internacional. Esta nova mudança no conceito jurídico da guerra também alteraria o *locus* jurídico da legítima defesa, colocando-a como exceção a uma regra geral proibitiva. E com a proibição da guerra, o problema da justiça, ou da legitimidade, da guerra, voltaria a aparecer, ainda que pintado de outras cores.

### **2.1.2. A positivação da proibição à força e seus efeitos na legítima defesa: o paradigma do *jus contra bellum***

Só em 1928 haveria de emergir na comunidade internacional um primeiro consenso quanto a uma verdadeira proibição jurídica da guerra. Por meio do Pacto Kellogg-Briand<sup>83</sup>, também chamado de *Tratado de Renúncia à Guerra*, Estados decidiram, de modo inédito, renunciar genericamente ao recurso à guerra como um instrumento de política nacional em suas mútuas relações. A resolução das controvérsias internacionais por meios pacíficos seria, a partir daí, um imperativo jurídico da comunidade internacional.

O instrumento, que está em vigor até hoje, conta com expressivas 63 ratificações<sup>84</sup>, ao todo – o que à época significava vigência praticamente universal, pois trata-se de número superior às ratificações imediatas que, quase vinte anos depois, seriam oferecidas à Carta das Nações Unidas. O preâmbulo e as duas principais disposições do Pacto assim previam:

Persuadidos de que chegou o momento de se proceder a uma franca renúncia à guerra como instrumento de política nacional, afim de que as relações pacíficas e amistosas atualmente existentes entre seus povos, possam ser perpetuadas;

[...]

Na esperança de que, estimuladas pelo seu exemplo, tôdas as outras nações do mundo unir-

---

<sup>83</sup> Disponível aqui: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/Tratado\\_renuncia\\_guerra\\_paris.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/Tratado_renuncia_guerra_paris.pdf). Acesso em abril de 2016.

<sup>84</sup> BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 75.

se-ão a êsses humanitários esforços, e, aderindo ao presente Tratado logo que êste entrar em vigor, tornarão aptos os respectivos povos para gozarem de suas benéficas estipulações, unindo assim nações civilizadas do mundo em uma renúncia comum guerra, como instrumento de sua política nacional;

[...]

#### Artigo I

As Altas Partes contratantes declaram solenemente, em nome dos respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a ela renunciam como instrumento de política nacional nas suas mútuas relações.

#### Artigo II

As Alta Partes contratantes reconhecem que o ajuste ou a solução de todas as controvérsias ou conflitos qualquer natureza ou origem, que se suscitem entre elas: nunca deverá ser procurado senão por meios pacíficos.<sup>85</sup>

A guerra, então, estaria oficialmente proibida na comunidade internacional dos Estados com base em uma obrigação assumida em tratado. O fenômeno, em sua natureza e proporções, era inédito no direito internacional. Como reverberação da assinatura do documento, Brownlie apresenta uma série de tratados concluídos na década de 1930<sup>86</sup>, regulando as relações de força e de resolução de disputas entre os Estados, os quais continham entre seus objetivos o desejo de “dar mais precisão” às “obrigações” assumidas no Pacto Kellogg-Briand. Um exemplo concreto neste sentido foi a “Convenção para a Definição de Agressão”, assinada em julho de 1933<sup>87</sup>. O preâmbulo da Convenção fazia expressa menção ao Pacto de 1928, “que proíbe toda agressão”, e considerava necessário definir tal “agressão” o mais especificamente possível, “a fim de prevenir qualquer pretexto pelo qual ela possa ser

---

<sup>85</sup> *Ibidem.*

<sup>86</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, 1963, p. 76.

<sup>87</sup> E ratificada pelos seguintes Estados: Romênia, República Estônia, República Letônia, República Polonesa, República Turca, Pérsia, União Soviética, Afeganistão e Finlândia.

justificada”<sup>88</sup>. Em seus artigos, definiam-se concretamente atos de agressão e previa-se que “nenhuma consideração política, militar, econômica ou de outra natureza poderia servir como escusa ou justificativa” para tal<sup>89</sup>.

Outro exemplo da relevância do Pacto Kellogg-Briand para a política externa do período é o “Acordo Quatripartite” ou, ainda, “Acordo das Quatro Potências”, também firmado em Roma no ano de 1933, entre França, Alemanha, Grã-Bretanha e Itália, cujo texto fazia menção expressa às obrigações contraídas no Tratado de Renúncia à Guerra<sup>90</sup>. Ainda que com vida curta devido à conduta alemã subsequente, o documento também é prova da importância que o Pacto Kellogg-Briand adquiriu no período.

Malcolm Shaw afirma que, “com a assinatura do Pacto da Liga das Nações em 1919, e com o Pacto Kellogg-Briand em 1928 proibindo o recurso à guerra para resolver disputas internacionais, uma nova abordagem começou a ser tomada em relação à ilegalidade do uso da força nas relações internacionais (...) ficou claro que o direito internacional condenava atividades coercitivas por Estados”<sup>91</sup>. Em suma, por mais que seja em período imediatamente anterior à maior guerra da história, a relevância do Pacto Kellogg-Briand, enquanto norma vinculante de renúncia ao uso da força, não pôde ser ignorada por

---

<sup>88</sup> CONVENTION FOR THE DEFINITION OF AGGRESSION. Londres, 3 de julho de 1933. Disponível em: <http://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/08/Convention-for-the-Definition-of-Aggression-1933.pdf>. Acesso em outubro de 2016. “...Mindful of the fact that the Briand-Kellogg Pact, of which they are signatories, prohibits all aggression; Deeming it necessary, in the interests of the general security, to define aggression as specifically as possible, in order to obviate any pretext whereby it might be justified”.

<sup>89</sup> *Ibidem*. “No political, military, economic or other considerations may serve as an excuse or justification for the aggression referred to in Article 2.”

<sup>90</sup> Mais informações em um memorando submetido ao Secretário de Estado americano em 1933. Disponível em: <http://images.library.wisc.edu/FRUS/EFacs/1933v01/reference/frus.frus1933v01.i0009.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>91</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 942. “With the signing of the Covenant of the League in 1919, and the Kellogg-Briand Pact in 1928 forbidding the resort to war to resolve international disputes, a new approach began to be taken with regard to the illegality of the use of force in international relations. (...) it became clear that international law condemned coercive activities by states.”

nenhum homem de Estado na época<sup>92</sup>. Foi um marco significativo no direito internacional. A partir dele, começava a ser preparado o terreno que, futuramente, daria lugar à proibição geral da Carta das Nações Unidas.

O Pacto permitia a exceção da legítima defesa<sup>93</sup>, mas, segundo Brownlie, por ter como objetivo último restringir radicalmente as hipóteses de *self-help* e recurso à guerra no direito internacional, inaugurou-se ali a interpretação restritiva e excepcional da autodefesa, que deveria ser usada não para vindicação de direitos, mas apenas em resposta ao uso ilegal da força. Em outras palavras, a renúncia à guerra “como instrumento de política nacional” implicava renúncia ao direito de invocar a legítima defesa para promover ataques em nome de interesses políticos. A natureza do direito começaria a se transformar diante da emergência de uma norma proibitiva de conteúdo tão cristalino. Segundo leitura do autor, “[a] prática do período 1929 a 1945 não sugere que a legítima defesa fosse qualquer outra coisa que não uma reação à força ou ameaça da força contra o território de um Estado (...)”<sup>94</sup>.

O consenso que pouco a pouco emergiu no seio da comunidade internacional a favor de uma ampla proibição do uso da força só se consolidou de modo definitivo após o maior e mais sangrento conflito testemunhado pela história. Ao fim da Segunda Guerra Mundial,

---

<sup>92</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, p. 80. “Its obligations were disregarded by some states but were repudiated by none: above all, as witnessed by the state practice referred to above, it was not ignored and forgotten [...]. While its existence and significance may not have been a part of the consciousness of many ordinary citizens, no statesman could honestly claim to be ignorant of the Pact or its implications”.

<sup>93</sup> Kelsen, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Trad. Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 76. “A proibição da guerra decretada pelo Pacto Kellogg-Briand vai muito além daquela estabelecida no Pacto da Liga das Nações. Existem apenas dois tipos de guerra não proibidos: (1) a guerra que não é instrumento de política nacional, e (2) – de acordo com o preâmbulo – a guerra contra um Estado que, violando sua obrigação sob o Pacto, tenha recorrido à guerra. Enquadra-se nesta categoria não apenas um contra-ataque a uma guerra de agressão, ou seja, uma guerra travada no exercício da legítima defesa, mas também uma guerra empreendida como reação à violação do Pacto pelos Estados que não são vítimas de tal violação.

<sup>94</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, 1963. p. 241. “The practice of the period 1929 to 1945 does not suggest that self-defence was anything other than a reaction to force or threat of force against the territory of a State (...)”.

aprovava-se em São Francisco, EUA, a Carta das Nações Unidas (ONU). Entre seus princípios, elencados no artigo 2º, positivou-se no parágrafo 4º que todos os Membros da organização deveriam “evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”<sup>95</sup>. Esta nova ordem de direito internacional, fundada na proibição da guerra, seria compreendida como não mais a época do *jus ad bellum*, mas, sim, do *jus contra bellum*<sup>96</sup> – do direito contra a guerra.

Assim, no ordenamento jurídico internacional pós-1945, a legítima defesa tornar-se-ia exceção a uma regra geral e, portanto, seu *locus* jurídico só passaria a ter sentido no âmbito da ampla proibição normativa, agora positivada, do recurso à guerra<sup>97</sup>. Esta é uma constatação jurídica básica, mas que contém profundas implicações hermenêuticas, pois é princípio geral da interpretação de um sistema normativo que não se pode entender o conteúdo e a abrangência de uma exceção normativa a não ser de modo estrito. Assim o é, também, pois o direito internacional é mais do que um conjunto de normas esparsas e fragmentadas. Trata-se de um ordenamento sistemático<sup>98</sup> que contém princípios gerais e regras específicas, e que, por isso, deve ser sistematicamente interpretado. Deste modo, da própria regra geral emerge a necessidade de esmiuçar o conteúdo das exceções, pois, caso vagas e indefinidas, estas poderiam tornar vazio o conteúdo da norma proibitiva. Conforme explica Bowett, “a necessidade de definir o direito à legítima defesa com alguma precisão surge desse desenvolvimento, porque, enquanto exceção principal à proibição geral da força, o direito

---

<sup>95</sup> Artigo 2(4) da Carta da ONU. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em abril de 2016.

<sup>96</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010.

<sup>97</sup> “For, if, in the interest of general peace and good order, society takes to itself the task of protecting the rights of individuals within society and prohibits the exercise of force by individuals, the right of self-defence assumes the character of an exceptional right, an exception to the general prohibition which must be carefully circumscribed.” BOWETT, D.W. *Self-Defence in International Law*. Manchester: The University Press, 1958. p. 3.

<sup>98</sup> Isto é verdade tanto para os positivistas quanto para os de abordagem sociológica: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 224-244; CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. *Récueil des Cours*, 2013.

à legítima defesa, se deixado indefinido e não regulado, poderia negar à proibição qualquer significado real”<sup>99</sup>.

Na verdade, duas exceções à proibição geral do uso da força vieram expressamente previstas na Carta de São Francisco. A primeira, de caráter multilateral, traduziu-se no poder conferido ao Conselho de Segurança para fazer ou autorizar que se faça uso da força em uma situação que configure ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão<sup>100</sup>. O sistema de segurança coletiva estabelecido na Carta das Nações Unidas se caracterizou “por um monopólio de força centralizado na Organização”, pois “qualquer uso da força que não tenha o caráter de medida ‘coletiva’ é proibido pela Carta (quando não permitido expressamente como exceção da regra do artigo 2º, parágrafo 4º, por outras disposições da Carta)”<sup>101</sup>. Essa prerrogativa é exercida pelo Conselho de Segurança, conforme estabelece o artigo 24<sup>102</sup> da Carta, prevendo-se aí, também, a obrigação dos Estados membros de aceitar e cumprir as decisões do órgão, no artigo 25<sup>103</sup>. Expressamente, o tratado, em seu artigo 39, confere ao Conselho o poder de determinar “a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão” e fazer recomendações ou emitir decisões sobre “que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.” Essas medidas poderão

---

<sup>99</sup> BOWETT, 1958, *op. cit.*, p. 4. “The need to define the right of self-defence with some precision arises from this development, for, as the main exception to the general prohibition of force, the right of self-defence if left undefined and unregulated could virtually deny to the prohibition any real meaning”.

<sup>100</sup> Artigo 42 da Carta da ONU: “No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.”

<sup>101</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2010. pp. 78-79.

<sup>102</sup> Artigo 24. “A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles”.

<sup>103</sup> Artigo 25. “Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”



ser de caráter econômico ou diplomático<sup>104</sup>, por exemplo, e, também, envolver o emprego de forças armadas<sup>105</sup>.

A outra, de natureza unilateral, consubstanciou-se no exercício do direito “inerente” à legítima defesa, previsto no artigo 51 da Carta. Nesses dois casos, um Estado pode usar força militar contra a integridade territorial ou a independência política de outro Estado sem que com isso viole a norma proibitiva, desde que preenchidas determinadas condições. Eis, pois, o texto do dispositivo que prevê o direito à legítima defesa:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

O presente trabalho pressupõe um exame analítico do artigo 51. Nessa ótica, há pelo menos quatro elementos de naturezas distintas que

---

<sup>104</sup> Artigo 41. “O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.”

<sup>105</sup> Artigo 42. “No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.”

podem ser extraídos da leitura da norma transcrita: objetivo (*ratione materiae*), procedimental, temporal (*ratione temporis*) e subjetivo (*ratione personae*). Para uma melhor compreensão do direito que ali foi positivado, há que se desdobrar cada um deles em suas especificidades.

No elemento objetivo, tem-se que o direito à legítima defesa, ainda que “inerente”, terá lugar (somente) no caso de ocorrer um “ataque armado” contra um Membro das Nações Unidas<sup>106</sup>. Este ataque seria o fator desencadeador (*triggering factor*) do direito – o critério objetivo, binário, para a sua verificação. É a condição que o texto impõe para que seja possível exercê-lo. É daí que se extrai que nem toda violação à proibição estabelecida no artigo 2(4) da Carta é capaz de gerar direito à legítima defesa, mas somente aquelas em que essa tal violação configure um ataque armado. Nessa área, também há dissensos na doutrina. Embora tenha sido pensado como um critério de caráter objetivo e suficientemente claro, a prática desmentiu a expectativa. Inúmeras complicações se entremearam no debate. Da terrível tarefa de conceituar a expressão “ataque armado”, empreitada tão dura quanto nevrálgica, trataremos um pouco mais adiante. Por enquanto, basta notar que o direito à legítima defesa, na interpretação literal do texto da Carta, é acionado somente mediante a ocorrência de um ataque armado.

Os defensores da interpretação ampla referem-se à expressão “nada na presente Carta prejudicará o direito inerente” – entre outros argumentos – para admitir a possibilidade de exercício do direito à legítima defesa mesmo na ausência de tal ataque, teoria que usualmente rotula-se de legítima defesa *antecipatória/preemptiva* ou, ainda, *preventiva*<sup>107</sup>. Para os fins deste trabalho, o vasto debate a este respeito

---

<sup>106</sup> “In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack.” Caso *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. Corte Internacional de Justiça. Julgamento de 27 de junho de 1986 (Mérito). Parágrafo 195; BROWNLIE, 1963, *op. cit.*, pp. 278-280; LACHS, Manfred. The Development and General Trends of International Law in our Time. *Récueil des Cours*, vol. 169. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1984. pp. 162-165. “If there is no armed attack, then any armed reaction to a situation will cease to bear the character of ‘self-defence’ and become an action of a different type (‘self-help’), i.e., itself take on the character of an armed attack.”; GREEN, James. *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*. Portland: Hart Publishing, 2009. pp. 25 e ss.; CORTEN, *op. cit.*, 2010. pp. 406-443.

<sup>107</sup> Sobre a legítima defesa antecipatória e preventiva: CORTEN, *op. cit.*, 2010. pp. 406-443; BROWNLIE, *op. cit.*, 1963. pp. 275-278. “There is little positive

será posto de lado. Preocuparemos-nos, sim, com a definição do conceito de “ataque armado”, mas não com a – embora também importante – questão de saber se existe possibilidade de legítima defesa sem que este ataque ocorra em primeiro lugar. Isto porque, independentemente do que se pense a respeito, é unânime na literatura e na prática a conclusão de que, uma vez ocorrido o ataque armado e preenchidas as demais condições, há direito à legítima defesa. Se o direito existe antes disso ou não, pode-se dizer que a questão permanece de certo modo em aberto, pois os requisitos para tal não se encontram bem delineados – salvo no caso de ataque já em curso. Em todo caso, entendemos que o debate sobre a ação antecipada ou preventiva seria aplicável tanto ao contexto estatal como ao não-estatal, indiferentemente, o que o torna despidendo para esta pesquisa.

Outro elemento apontado pelo artigo 51, de caráter procedimental, é a “comunicação imediata” ao Conselho de Segurança das medidas tomadas por um Estado no exercício de sua defesa<sup>108</sup>. Uma vez que o Conselho detém a principal responsabilidade no que concerne à manutenção paz e da segurança internacionais<sup>109</sup>, qualquer medida envolvendo o uso da força por parte de um Estado, ainda que em

---

support for preventive self-defence in the practice of the period 1920 to 1939 except in relation to the alleged right of pursuing armed attacks. Moreover, several treaties concluded in this period denied any right of anticipatory action, in particular, the Conventions for the Definition of Aggression of 1933, the Pact of the Balkan Entente, and the Saadabad Pact of 1937. Perhaps significant is the general absence of any terms in treaties of mutual assistance which indicate that apprehended attack or imminent danger was a *casus foederis* (...)”; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2008. pp. 117-118; HOLE, Leo Van Den. Anticipatory Self-Defence Under International Law. *American University International Law Review*, vol. 69, 2003. pp. 70-105; MRÁZEK, Josef. The Use of Force and Expanded Conceptions of Self-Defence. *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law & Affairs*, vol. 29, 2011. pp. 135-155.

<sup>108</sup> GREEN, James A. The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defense Actions. *Virginia Journal of International Law*, vol. 55, issue 3, 2015. pp. 563-624; GREIG, D.W. Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require?. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 366 (1991).

<sup>109</sup> “Artigo 24. 1. A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles.” Carta da ONU.

exercício de seu “direito inerente” à legítima defesa, deve ser *imediatamente* comunicada ao órgão. “O requerimento foi projetado para possibilitar ao Conselho que responda efetivamente a qualquer ameaça que um ataque (ou uma resposta defensiva militar) possa representar à paz e à segurança internacionais”<sup>110</sup>. A notícia, portanto, dá ao Conselho de Segurança uma oportunidade de avaliar, em tempo, as alegações e a situação em que elas são invocadas, e preserva, de certo modo, a multilateralidade do uso da força.

Em terceiro lugar, o artigo aponta a existência de um aspecto temporal<sup>111</sup>. Em verdade, pelo menos duas questões *ratione temporis* são relevantes no estudo do direito à legítima defesa: o momento do início e o do fim da resposta defensiva. O artigo contempla somente a questão do termo final do direito – isto é, até quando a ação pode durar legalmente. E a resposta é clara a este respeito: “até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais” (artigo 51). Devido a esta restrição, o direito ao uso unilateral da força por um Estado-membro perdura somente enquanto o Conselho de Segurança não tiver agido para pôr fim à situação. De outro lado, quanto ao termo inicial, a discussão gira em torno do fato de que uma resposta tardia pode caracterizar represália armada, conduta amplamente condenada no direito internacional contemporâneo<sup>112</sup>.

A existência desses dois últimos elementos (procedimental e temporal) denota a inegável preferência que o sistema construído em 1945 confere ao paradigma multilateral, em detrimento das ações unilaterais por parte dos Estados, as quais, apesar de possíveis em certos momentos, devem ser encaradas como excepcionais<sup>113</sup>. A legítima defesa, portanto, uma vez submetida em seu aspecto temporal e

---

<sup>110</sup> GREEN, *op. cit.*, 2015. p. 568. “The requirement was intended to enable the Council to respond effectively to any threat that an attack (or forcible defensive response) may pose to international peace and security.”

<sup>111</sup> GRAY, *op. cit.*, 2008, p. 125.

<sup>112</sup> SHAW, *op. cit.*, 2008, p. 1130; CRAWFORD, *op. cit.*, 2008, pp. 564-565. “Armed reprisals are clearly excluded by the law of the UN Charter (...); DARCY, Shane. The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals. *Military Law Review*, vol. 175, 2003. pp. 184-251; MITCHELL, Andrew D. Does one illegality merit another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law. *Military Law Review*, vol. 170, 2001. pp. 155-177.

<sup>113</sup> CROSSLEY, Noële. *Multilateralism Versus Unilateralism. The Relevance of the United Nations in a Unipolar World*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2008. pp. 71 e ss.

procedimental à ação do Conselho de Segurança, após a qual aquele direito perde seu lugar, coloca-se em posição de subordinação à iniciativa multilateral do órgão que, sob a Carta, detém a principal responsabilidade em relação à paz e à segurança internacionais e que, no exercício de seu mandato, age em nome de todos os membros da Organização. O artigo faz questão de deixar claro que “[a]s medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais”. Por isso, além de haver motivos para que tal direito seja interpretado restritivamente quando colocado na perspectiva de uma exceção à proibição geral da força, deve-se ainda levar em conta que, enquanto ação unilateral, a legítima defesa também deve ser encarada com restrição diante da preferência juridicamente estabelecida ao sistema multilateral fundado pela Carta, sob pena de relegá-lo à marginalidade e inoperância.

Por último, atenta-se ao aspecto subjetivo da norma. Neste ponto, a Carta esclarece apenas um lado da moeda: o direito é exercido por um “Membro das Nações Unidas”, individual ou coletivamente<sup>114</sup>. Não há, de outro lado, menção explícita a qualquer tipo de entidade em face da qual este direito é exercido. Certamente, presume-se que o sujeito passivo dessa relação seja a entidade responsável pelo ataque armado que a desencadeou. Até aí não há dificuldade; mas o problema não é tão simples. Neste particular reside a controvérsia central deste trabalho. Inúmeras questões permanecem em aberto aqui, sobre as quais a doutrina se divide. De que natureza deve ser a relação entre a entidade que perpetra o ataque armado e o Estado em cujo território ela opera

---

<sup>114</sup> Sobre o direito à legítima defesa coletiva: SHAW, *op. cit.*, 2008. p. 1146; BOWETT, *op. cit.*, 1958. pp. 200-248; RONZITTI, Natalino. *Introduzione al Diritto Internazionale*. 3 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. pp. 420-421; CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 749-750. “In Nicaragua, the Court indicated three conditions for the lawful exercise of collective self-defence. The first is that there must have been an ‘armed attack’. The second, procedural condition is that the victim state ‘must form and declare the view that it has been so attacked’. The third condition, also procedural, is that the ‘use of collective self-defence by the third State for the benefit of the attacked State . . . depends on a request addressed by that State to the third State’.”

para que o direito à legítima defesa exista é parte da indagação a que buscaremos responder com a pesquisa. Naturalmente, tudo isso será considerado com mais vagar adiante.

No mais, não há qualquer menção textual aos requisitos de imediatidade, necessidade e proporcionalidade, sempre associadas ao direito em sua correspondente consuetudinária. Entretanto, tais pressupostos são igualmente partes constituintes do direito à legítima defesa em sua versão convencional<sup>115</sup>. Em muitos casos, a (des)proporcionalidade da resposta pode ser o critério para diferenciar uma ação defensiva de uma represália armada<sup>116</sup>. E que significam tais requisitos aqui? Sob o paradigma da Carta, estes três critérios devem ser analisados contra o pano de fundo do *objetivo* da ação que é realizada em legítima defesa. “No caso de legítima defesa contra um ataque armado que já ocorreu, a repulsa do ataque que deu origem ao direito é que é o critério contra o qual a resposta é mensurada”<sup>117</sup>. Diferentemente do que defendiam os teóricos da guerra justa, aqui já não há, nem pode haver, caráter punitivo na legítima defesa<sup>118</sup>. Qualquer passo para além da repulsa ao ataque já cruzou as fronteiras da legalidade internacional.

Certamente há outras questões sobre as quais se poderia divagar aqui. Para o propósito do problema desta pesquisa, contudo, seguiremos contentes com o fato de termos esclarecido os principais pontos que o texto do artigo 51 revela a respeito do objeto estudado. Ressalta-se que, embora o dispositivo pareça suficientemente preciso a um primeiro olhar, o direito à legítima defesa permanece tema de ampla controvérsia entre Estados e entre autores, especialmente quando entidades não-estatais estão envolvidas<sup>119</sup>. Mesmo em situações nas quais o direito aparenta estar claro, a dificuldade migra para a determinação dos fatos, dando lugar à infundável discussão acerca de quem realmente perpetrrou

---

<sup>115</sup> GARDAM, Judith. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 148. “The formulation of necessity in the 1837 *Caroline Incident* is accepted as encapsulating the requirement of the right of self-defence under the United Nations Charter (...)”.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 156. “In the case of self-defence against an armed attack that has already occurred, it is the repulsing of the attack giving rise to the right that is the criterion against which the response is measured”. Veja também: McDOUGAL, Myres M. et FELICIANO, Florentino P. *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*. New Haven: Yale University Press, 1961. pp. 222-224.

<sup>118</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, 1963, p. 368.

<sup>119</sup> GRAY, *op. cit.*, 2008, p. 114.

e quem sofreu o “ataque armado” ou se, de fato, ele ocorreu ou não<sup>120</sup>. Cientes destas dificuldades, o melhor caminho é restringir-mos à nossa pergunta original e caminharmos a partir dela.

### **2.1.3. A face consuetudinária da legítima defesa e sua interação com a norma convencional**

Durante o século XIX, e até o seu final, as devidas distinções entre *self-help*, autopreservação e autodefesa eram irrelevantes, e estes termos eram utilizados, na prática, de modo indiferenciado<sup>121</sup>. Mesmo no famoso incidente denominado *Caroline*, em 1837, ao qual geralmente se faz referência quando a proposta é tratar dos limites consuetudinários do direito à legítima defesa, a consciência a respeito daquelas diferenciações não se fazia presente, e era muito distante da que iria surgir no século XX<sup>122</sup>.

No episódio citado, conta-se que o governo britânico destruiu, no território de Nova Iorque, a embarcação chamada *Caroline*, um navio tripulado por cidadãos canadenses e americanos no contexto da insurgência rebelde contra o governo do Canadá, barco que era considerado, pelos britânicos, uma embarcação pirata que ameaçava seu direito à autopreservação<sup>123</sup>. Em cartas trocadas à época entre o embaixador britânico em Washington e o Secretário de Estado americano, este último consignou que os ingleses, para justificar sua

---

<sup>120</sup> Controvérsias a este respeito surgiram, especialmente, nos seguintes casos: *Delimitação de Fronteira Marítima e Terrestre entre Camarões e Nigéria (Camarões vs. Nigéria: Guiné Equatorial intervindo)*. CIJ. Julgamento de 10 de outubro de 2002; *Plataformas de Petróleo (República Islâmica do Irã vs. Estados Unidos da América)*. CIJ. Julgamento de 6 de novembro de 2006; *Atividades Armadas no Território do Congo (República Democrática do Congo vs. Ruanda)*. CIJ. Julgamento de 3 de fevereiro de 2005.

<sup>121</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, 1963. pp. 42-43.

<sup>122</sup> Para duas referências contrapostas a respeito do impacto do caso *Caroline* no direito consuetudinário a respeito: KEARLEY, Timothy. *Raising the Caroline*. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17, 1999. p. 325; OCCELLI. *Sinking the Caroline: Why the Caroline Doctrine's Restrictions on Self-Defense Should Not Be Regarded as Customary International Law*. *San Diego International Law Journal*, vol. 4, 2003. p. 467.

<sup>123</sup> Para maiores detalhes, veja: JENNINGS, R. Y. *The Caroline and McLeod Cases*. *The American Journal of International Law*, vol. 32, n. 1, janeiro de 1938, pp. 82-99.

ação, deveriam ter demonstrado a existência de uma “necessidade de agir em autodefesa, instantânea, irresistível, que não proporcionasse escolha quanto a seus meios, e nem tempo para deliberação (...), uma vez que o ato justificado pela necessidade de autodefesa deve ser limitado por essa [mesma] necessidade, e mantido claramente dentro dela”<sup>124</sup>. Esta frase resume o que ficou conhecida como a “Doutrina *Caroline*”.

O direito internacional do período, em relação ao uso da força, era dominado por alegações de *necessidade*<sup>125</sup>, a justificar ações das mais improváveis. As escusas nesse sentido apareciam sobretudo em tempos de paz, pois, como exposto anteriormente, a guerra era um recurso disponível aos Estados no século XIX, sem que fosse necessário

---

<sup>124</sup> “Under these circumstances, and under those immediately connected with the transaction itself, it will be for Her Majesty's Government to show, upon what state of facts, and what rules of national law, the destruction of the “*Caroline*” is to be defended. It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, - even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, - did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it. It must be strewn that admonition or remonstrance to the persons on board the “*Caroline*” was impracticable, or would have been unavailing; it must be strewn that daylight could not be waited for; that there could be no attempt at discrimination, between the innocent and the guilty; that it would not have been enough to seize and detain the vessel; but that there was a necessity, present and inevitable, for attacking her, in the darkness of the night, while moored to the shore, and while unarmed men were asleep on board, killing some, and wounding others, and then drawing her into the current, above the cataract, setting her on fire, and, careless to know whether there might not be in her the innocent with the guilty, or the living with the dead, committing her to a fate, which fills the imagination with horror. A necessity for an this, the Government of the United States cannot believe to have existed.” Carta de Mr. Webster para Lord Ashburton, de 27 de julho de 1842. Disponível em: [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp#web2](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web2). Acesso em julho de 2016.

<sup>125</sup> RODICK, Burleigh Cushing. *The Doctrine of Necessity in International Law*. New York: Columbia University Press, 1928; GARDAM, *op. cit.*, 2004. “[Necessity] is perhaps known as the plea that States began to rely on during the nineteenth century to justify actions, including the use of force, that were in breach of the State’s international obligations or were otherwise perceived as unfriendly”. p. 5.



demonstrar uma boa razão ou qualquer justificativa jurídica para empreendê-la<sup>126</sup>, motivo pelo qual, caso iniciasse uma guerra, um Estado não precisaria recorrer ao argumento da legítima defesa para utilizar a força. Conduzir uma ação militar no território de um Estado em tempos de paz, portanto, mesmo em uma época de guerras lícitas, merecia detalhada explicação por parte de quem o fizesse.

O incidente *Caroline* é particularmente significativo para este trabalho porque representa um dos mais antigos casos bem documentados de uso extraterritorial da força, por um Estado, em tempos de paz, com o objetivo de atingir um grupo não-estatal, no território de outro Estado. É interessante que a justificativa utilizada pelo Reino Unido tenha sido a legítima defesa (ou, na opinião de alguns, a autopreservação)<sup>127</sup>, pois mostra que a argumentação não é nova. A autopreservação, na verdade, funcionava como justificativa, aliada à necessidade, para defender uma ação que, “apesar de ilegal (e portanto distinta da legítima defesa), é escusável”<sup>128</sup>. Se o argumento invocado foi legítima defesa, portanto, a ação era considerada lícita; se foi autopreservação, era ilícita, mas escusável. O panorama, contudo, revela que não havia um cuidado, na época, em distinguir precisamente as duas hipóteses. É curioso, ainda, que, no episódio, tenha sido o governo americano a insistir em uma concepção restrita da ação em autodefesa<sup>129</sup>.

Não obstante o contexto político, histórico e jurídico diferente do contemporâneo, estariam vindo à superfície, ali, os elementos consuetudinários de um direito à legítima defesa, que permaneceria até

---

<sup>126</sup> DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 75. “[...] the predominant conviction in the nineteenth century (and early twentieth) was that every State had a right – namely, an interest protected by international law – to embark upon war whenever it pleased. The discretion of States in this matter was portrayed as unfettered. States could ‘resort to war for a good reason, a bad reason or no reason at all’”.

<sup>127</sup> JENNINGS, 1938, *op. cit.*

<sup>128</sup> BOWETT, *op. cit.*, p. 10. “In so far as self-preservation and necessity find a use as concepts justifying conduct which, though not lawful (and therefore distinct from self-defence) is yet excusable, their scope is necessarily limited”.

<sup>129</sup> A história da interpretação do governo dos Estados Unidos da América sobre o direito à legítima defesa provavelmente daria uma dissertação à parte. LINNAN, David. K. Self-Defense, Necessity and U.N. Collective Security: United States and Other Views. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 57, 1997. pp. 57-123.

mesmo após a assinatura da Carta das Nações Unidas, em 1945. O exercício deste direito subordinava-se à verificação dos requisitos de imediatez, necessidade e proporcionalidade. As cartas diplomáticas trocadas após o incidente exploraram estes três pilares do que viria, mais tarde, a integrar a concepção consuetudinária do direito à legítima defesa: *imediatez* – ação movida por um imperativo “instantâneo”, que não proporcione “tempo para deliberação”; *necessidade* – “necessidade irresistível, que não deixa escolhas quanto ao meio de seu exercício”; *proporcionalidade* – “uma vez que o ato justificado pela necessidade de autodefesa deve ser limitado por essa [mesma] necessidade, e mantido claramente dentro dela”<sup>130</sup>.

A *necessidade*, como limitador do exercício da legítima defesa (critério restritivo), é diferente da *necessidade* ligada à autopreservação (critério ampliativo), como fundamento para descumprir uma obrigação perante um Estado. Essa segunda ideia de necessidade, isto é, a autopreservação, definitivamente não sobreviveu ao sistema da Carta. O estado de necessidade, ademais, tal como codificado pela Comissão de Direito Internacional em 2001, não pode ser invocado como fundamento para escusar-se da proibição ao uso da força, pois nenhuma das excludentes de ilicitude lá previstas são aptas a justificar qualquer derrogação de normas *jus cogens*<sup>131</sup>.

A prática do período que vai do Congresso de Viena (1814-1815) até a Primeira Guerra Mundial (1914) é, no mínimo, confusa a respeito do conteúdo costumeiro de regras ou justificativas para recurso à força, e, de fato, não faz distinção entre direito à autopreservação e à autodefesa<sup>132</sup>. Essa situação somente começaria a mudar com o Pacto

---

<sup>130</sup> GARDAM, 2004, *op. cit.*, pp. 40-42.

<sup>131</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos: *a commentary*. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

Acesso em novembro de 2016. “[...] the circumstances precluding wrongfulness in chapter V of Part One do not authorize or excuse any derogation from a peremptory norm of general international law. For example, a State taking countermeasures may not derogate from such a norm: for example, a genocide cannot justify a counter-genocide. The plea of necessity likewise cannot excuse the breach of a peremptory norm.”

<sup>132</sup> BROWNLIE, 1963, *op. cit.*, p. 46. “[...] the only justifiable conclusion to be drawn from the state practice and the discussion found in the literature of the law is that the categories of ‘self-preservation’, ‘intervention’, and ‘necessity’

Kellog-Briand, em 1928, ou *Tratado de Renúncia à Guerra*. Até ali, a invocação daquelas justificativas um tanto indiferenciadas sempre foram admitidas, de uma forma ou outra, no direito internacional, como exposto nos fundamentos teóricos. Por isso, mesmo com a posterior positivação da legítima defesa na Carta das Nações Unidas, um direito consuetudinário ao uso da força sob este argumento reteve sua existência independente – embora não sem modificações.

No julgamento do caso *Nicarágua*, a Corte Internacional de Justiça reconheceu que o próprio texto do artigo 51 da Carta das Nações Unidas fazia referência a uma norma costumeira pré-existente:

Acerca da sugestão de que as áreas cobertas pelas duas fontes são idênticas, a Corte observa que a Carta das Nações Unidas (...) de modo nenhum cobre toda a área de regulação do uso da força nas relações internacionais. Em um ponto essencial, o próprio tratado se refere ao direito costumeiro internacional pré-existente; essa referência ao direito costumeiro está contida no texto do artigo 51, que menciona o ‘direito inerente’ (no texto francês, o ‘droit naturel’) à legítima defesa individual ou coletiva, o qual ‘nada na presente Carta prejudicará’ e que se aplica no caso de um ataque armado. A Corte, portanto, conclui que o artigo 51 da Carta somente possui significado sobre o fundamento de que existe um direito ‘natural’ ou ‘inerente’ à legítima defesa, e é difícil ver como ele poderia ser de outra natureza que não a consuetudinária, mesmo que o seu atual conteúdo tenha sido confirmado e influenciado pela Carta.<sup>133</sup>

---

have very similar content in relation to the justification of the use of force. [...] The right of self-preservation is regarded as identical with that of self-defence.”

<sup>133</sup> Caso *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (*Nicarágua vs. Estados Unidos da América*). Mérito, 1986. Parágrafo 176. “As regards the suggestion that the areas covered by the two sources of law are identical, the Court observes that the United Nations Charter (...) by no means covers the whole area of the regulation of the use of force in international relations. On one essential point, this treaty itself refers to pre-existing customary international law; this reference to customary law is contained in the actual text of Article 51, which mentions the ‘inherent right’ (in the French text the ‘droit naturel’) of individual or collective self-defence, which ‘nothing in the

Neste trecho, assentaram-se alguns pontos fulcrais. A Corte reafirmou a importância do direito consuetudinário como o fator que dá significado ao direito previsto no artigo 51, cuja redação mesma remete à existência de um “direito inerente” ou “direito natural” e, portanto, costumeiro e pré-existente. Além disso, a Corte assentou a existência de discrepâncias entre a norma escrita e a não-escrita<sup>134</sup>, afirmando, ao mesmo tempo, que a aplicação tanto de uma quanto da outra está subordinada à ocorrência de um “ataque armado”. Ainda, fez referência a uma simbiose, uma relação de mão dupla, que ocorre entre tratado e costume, tendo o conteúdo deste último sido confirmado pela assinatura do tratado e, ao mesmo tempo, sido influenciado por ele (fazendo isto, aliás, a Corte rejeitou o argumento levantado pelos Estados Unidos da América, de que o conteúdo do tratado era idêntico ao conteúdo do costume na matéria).

De todo modo, “a ideia de que o costume pré-existente continuou a existir *inalterado* ao lado das provisões da Carta é difícil de ser conciliada com a opinião da Corte de que o direito costumeiro internacional se desenvolveu sob a influência da Carta”<sup>135</sup>. De fato, não se consegue imaginar como o direito consuetudinário à legítima defesa poderia ter passado incólume à adoção de uma regulação jurídica estritamente proibitiva acerca do uso da força, de natureza e proporções inéditas na comunidade internacional, cuja própria essência demanda uma regulação precisa das exceções que lhe são opostas.

Ao longo deste trabalho, ver-se-á que o conteúdo do direito consuetudinário acerca deste tema e a própria interpretação da prática que se desenvolve a respeito é um dos elementos que produz

---

present Charter shall impair’ and which applies in the event of an armed attack. The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a ‘natural’ or ‘inherent’ right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter.”

<sup>134</sup> *Ibidem*, parágrafo 176. “(...) [t]he areas governed by the two sources of law [Charter and custom] do not overlap exactly, and the rules do not have the same content”.

<sup>135</sup> RUY, Tom. *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10. “The idea that pre-existing custom has continued to exist unaltered alongside the Charter provisions is furthermore hard to reconcile with the Court’s opinion that customary international law has developed under the influence of the Charter.”

discordância entre os Estados e na doutrina especializada. O que se tem por certo é que, nesse ponto, “[...] os Estados tem se dividido há muito tempo em duas escolas de pensamento – uma que compreende o artigo 51 da Carta como parte de um direito consuetudinário à legítima defesa de abrangência mais ampla, e outra que vê o artigo 51 como a regulação exclusiva [idêntica à consuetudinária] da legítima defesa”<sup>136</sup>.

#### **2.1.4. Problemas relacionados ao conceito de “ataque armado” no sentido do artigo 51 da Carta**

Com a positivação do direito à legítima defesa na Carta de São Francisco, emergiu o conceito de “ataque armado” enquanto elemento objetivo da norma. Em princípio, o que era pra ser um requisito claro de verificação do direito tornou-se “o aspecto da legítima defesa que mais provocou controvérsias nos anos recentes”<sup>137</sup>. Há discussão acerca da necessidade de sua ocorrência para que surja o direito à resposta armada, que provoca as maiores controvérsias. Ainda, há debates sobre quais situações, em termos práticos, configuram verdadeiro ataque armado, no sentido do artigo 51, *i.e.*, sobre qual o grau de gravidade ou qual a natureza que uma ação deve assumir para se configurar um “ataque armado”. Para o propósito desta pesquisa, interessa-nos apenas a segunda questão.

Em sua versão inglesa, o texto da Carta traz a expressão *armed attack*. Na francesa, encontra-se a locução *agression armée*. Embora faça referência a estes conceitos, o tratado não lhes apresenta definição. Com efeito, não há conceituação específica do termo em tratado algum<sup>138</sup>, motivo pelo qual se devem buscar essas respostas no direito

---

<sup>136</sup> Documento da ONU: A/AC.134/SR.67–78, 5–6. *apud* RUY, *op. cit.*, p. 135. “The United Kingdom especially firmly stressed that States had long been divided between two schools of thought – one seeing Article 51 UN Charter as part of a broader customary right of self-defence, and another viewing Article 51 as the exclusive regulation of self-defence”.

<sup>137</sup> RUY, *op. cit.*, 2010, p. 53. “(...) the aspect of self-defence that has raised most controversy in recent years, namely the need for an armed attack to occur before self-defence may lawfully be exercised”.

<sup>138</sup> Caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. Corte Internacional de Justiça. Julgamento de 1986, parágrafo 176. “(...) a definition of ‘armed attack’ which, if found to exist, authorizes the exercise of the ‘inherent right’ of self-defence, is not provided in the United Nations Charter, and is not part of treaty law”.

internacional consuetudinário. Na opinião da Corte Internacional de Justiça, em 1986, parecia “existir [...] um acordo geral sobre a natureza dos atos que podem ser tratados como constituindo ataques armados”<sup>139</sup>. Apesar de essa conclusão não ser incontestável, existem alguns pontos de partida que podem ser seguramente utilizados para a determinação do conceito *in concreto* de ataque armado. Um deles, utilizado pela própria Corte<sup>140</sup>, é a Definição de Agressão da Assembleia Geral, de 1974, como explica Robert Kolb:

Para esclarecer o termo ‘ataque armado’ no artigo 51, pode-se fazer referência à definição de ‘agressão’ na Resolução 3314 (1974) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Certamente os dois termos não se identificam completamente. A definição no artigo 51 cobre o ‘ataque armado’, enquanto a definição na Resolução conceitua a ‘agressão’ em termos jurídicos estritos. Contudo, a maioria das ações que podem ser definidas como agressão sob a Resolução podem *a fortiori* ser definidas como ataque armado e, portanto, colocam-se sob o âmbito do artigo 51.<sup>141</sup>

O preâmbulo da Resolução 3314 (XXIX) (1974) da Assembleia Geral da ONU considera que a “agressão é a mais séria e perigosa forma

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, parágrafo 195. “There appears now to be a general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks”. Para Karl Zemanek, esta não é a opinião compartilhada pela maioria e, além disso, deve-se levar em consideração que o caso *Nicarágua* expôs o direito internacional tal como ele era há 30 anos atrás. ZEMANEK, Karl. *Armed Attack*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Outubro de 2013.

<sup>140</sup> No caso *Nicarágua* (1986) e no caso *DRC vs. Uganda* (2005).

<sup>141</sup> KOLB, Robert. *An Introduction to the Law of the United Nations*. Portland: Hart Publishing, 2009. Parágrafo 48. “To clarify the term ‘armed attack’ in article 51, reference may be made to the definition of ‘aggression’ in United Nations General Assembly Resolution 3314 (1974). Of course both terms do not completely overlap. The definition in article 51 covers ‘armed attacks’, whereas the definition in the Resolution defines ‘aggression’ in strict legal terms. However, most actions which may be defined as aggression under the Resolution may *a fortiori* be defined as an armed attack and thus fall within the ambit of article 51”.

de uso ilegal da força”<sup>142</sup>. É bem provável que a utilização do termo “ataque armado”, em vez de “agressão”, no artigo 51 da Carta da ONU, tenha ocorrido na tentativa de contornar o problema antigo da definição de “agressão”<sup>143</sup>. Acreditava-se que o significado daquela primeira locução causaria menos discordâncias<sup>144</sup>. A posterior Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral da ONU, em 1974, seria aprovada com o objetivo primário de servir como um guia para o Conselho de Segurança no exercício de sua função sob a Carta<sup>145</sup>, e não necessariamente para servir de referência à interpretação do artigo 51. Nos *travaux préparatoires* deste documento, emergia a opinião majoritária de que os três termos utilizados na Carta da ONU – “uso da força” (art. 2.4), “agressão” (art. 39) e “ataque armado” (art. 51) – representavam, na ordem em que apareciam, uma escala que ia do mais suave ao mais grave, de um uso da força mais amplo (que compreendia a proibição até mesmo de meras ameaças) até um conceito mais restrito, que incluía apenas ações armadas<sup>146</sup>. Nessa concepção, todo ataque armado representaria um ato de agressão e uma violação à proibição da força, mas nem todo uso da força ou ato de agressão configuraria um ataque armado, no sentido do artigo 51.

Além dessa relação teórica entre os termos, deve-se perquirir acerca de sua significação concreta, para entender quais espécies de atos podem ser classificados como uso da força, agressão ou ataque armado – este último para fins de exercício do direito à legítima defesa e, portanto,

---

<sup>142</sup> Resolução 3314 (XXIX), de 1974, da Assembleia Geral. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>. Acesso em julho de 2016. “[...] aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force”.

<sup>143</sup> Sobre o tema: RIFAAT, A.M. *International aggression: a study of the legal concept*. Stockholm: Almqvist & Wiksell International, 1979.

<sup>144</sup> RUY, *op. cit.*, 2010, p. 129. “If some States occasionally insisted that the concepts were one and the same, most agreed that there existed a cascading relationship between the terms ‘use of force’, ‘aggression’ and ‘armed attack’.”

<sup>145</sup> Conforme o art. 4º da Resolução: “Calls the attention of the Security Council to the Definition of Aggression, as set out below, and recommends that it should, as appropriate, take account of that Definition as guidance in determination, in accordance with the Charter, the existence of an act of aggression.” Ver também: WILMHURST, Elizabeth. *Definition of Aggression*. United Nations Audiovisual Library of International Law. United Nations, 2008.

<sup>146</sup> RUY, *op. cit.*, 2010, p. 134.

o foco da pesquisa ora realizada. *Ratione materiae*, a fórmula geral clássica utilizada para a diferenciação de um ataque armado, proposta pela Corte Internacional de Justiça, diz respeito à avaliação da *escala* e dos *efeitos* do ataque.

No caso *Nicarágua*, a Corte observou que se faz necessário, neste ponto, “distinguir as formas mais graves de uso da força (aquelas que constituem um ataque armado) de outras formas menos graves”<sup>147</sup>. Estas formas menos graves podem ser identificadas, conforme orientação própria Corte, na Resolução 2625 (XXV)<sup>148</sup>, de 1970, adotada pela Assembleia Geral da ONU. No texto ali aprovado, lê-se que todos os Estados deverão evitar, em suas relações, atos que incluem: o uso ou ameaça da força para violar linhas internacionais de demarcação; represálias mediante uso da força; ação forçada que prive um povo do exercício de seu direito de autodeterminação; a organização ou o encorajamento de organização de forças irregulares ou de grupos armados incluindo mercenários, para incursão em território de outro Estado. Estes são atos que, teoricamente, constituiriam violação à proibição do uso da força, mas não um ataque armado. A este respeito, o órgão judicial da ONU, no mesmo caso, segue:

A Corte não vê razão para negar que, no direito consuetudinário, a proibição de ataques armados possa ser aplicada ao envio por um Estado de grupos armados ao território de outro Estado, se tal operação, por causa de sua escala e seus efeitos, fosse classificada como um ataque armado em vez de um mero incidente fronteiro caso tivesse sido levada a efeito por forças armadas regulares. Mas a Corte não acredita que o conceito de “ataque armado” inclua não apenas atos por grupos armados quando tais atos ocorram em uma escala significativa mas também assistência a rebeldes na forma de fornecimento de armas ou de suporte logístico ou de outra natureza. Tal assistência pode ser interpretada como uma ameaça ou uso da força, ou configurar uma

---

<sup>147</sup> Caso *Nicaragua*, *cit.*, parágrafo 191. “As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms.”

<sup>148</sup> A/RES/25/2625. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>. Acesso em julho de 2016.



intervenção nos assuntos internos ou externos de outros Estados.<sup>149</sup>

Nesse ponto, a interpretação restritiva<sup>150</sup> do conceito de armado pela Corte Internacional de Justiça, exigindo que sua verificação pressuponha ação armada de escala e efeitos significativos, reforça a construção estreita do direito à legítima defesa, consolidando-a como estritamente excepcional à proibição geral. Assim, além de ser limitada pela própria condição de exceção, por seu caráter unilateral em um universo multilateral, ela o é também pela natureza restritiva do conceito de ataque armado, destinado a cobrir somente as formas mais graves de uso da força, distinção que foi reafirmada pela Corte no caso *Plataformas de Petróleo*<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Caso *Nicaragua*, *cit.*, parágrafo 195. “The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the Court does not believe that the concept of “armed attack” includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States.”

<sup>150</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010, p. 402. “[...] the attack, to give rise to a right of self-defence, must be an armed attack. It is true, especially in debates over the notion of coercion as a cause of invalidity of treaties, that some States have supported the idea of economic or even ideological aggression or constraint. Yet this was generally without prejudice to the restriction of self-defence to a riposte to an ‘armed attack’, by the very terms of article 51. Some commentators may therefore claim that an ‘economic aggression’ breaches the principles of non-intervention, or even that of the non-use of force. However, it cannot be claimed that such an ‘aggression’ would entitle the victim State to riposte using force”; GRAY, *op. cit.*, 2008, pp. 147 e ss; MRÁZEK, *op. cit.*, 2011.

<sup>151</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran vs. United States of America)*. Merits, Judgment. ICJ Reports, 2003. Parágrafos 51 e 62. Muito embora exista quem conteste sua validade e atualidade: RATNER, Steven R. Self Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 270, maio de 2012; SCHMITT, Michael N. *Attack as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context*. U.S. Department of Defense, Dictionary of Military and Associated Terms. Joint Publication, 2010.

Por fim, dificilmente alguém negaria que “a invasão ou o ataque do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado” (artigo 3º, alínea *a*, da Resolução 3314) seja tanto uma agressão como um ataque armado, bem como “o ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas, ou a marinha e aviação civis de outro Estado” (alínea *d*, do mesmo dispositivo). Além disso, se um ataque desta escala e com estes efeitos fosse praticado por forças irregulares, não haveria óbice para que se lhe reconhecesse a qualificação jurídica de ataque armado do artigo 51 da Carta da ONU, como observou a Corte no caso *Nicarágua*, supracitado. De outro lado, pode-se inferir do raciocínio da Corte que “um pequeno incidente isolado, que, pela maneira como ocorre, não pode ser confundido com uma ameaça à segurança do Estado, não se qualificaria como um ataque armado sob o artigo 51 da Carta”<sup>152</sup>.

A questão de saber se é possível falar em “ataque armado” quando não há alegação de envolvimento de um Estado em uma ação forçada levada a efeito por um grupo terrorista, por exemplo, é objeto de grande controvérsia no direito internacional. Nesse caso, há quem afirme que o ataque deve ser, necessariamente, de “grande escala”<sup>153</sup>. Há, também, vozes em sentido contrário<sup>154</sup>, defendendo a necessidade de aplicação dos mesmos critérios, havendo ou não envolvimento do Estado no ataque conduzido pelas forças irregulares. O termo tem sido utilizado com certa frequência, porém, para se referir também a ataques terroristas, especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, como se verá com mais vagar ao longo desse trabalho<sup>155</sup>.

No decorrer da pesquisa, ver-se-á que a doutrina especializada muito se divide acerca da interpretação do conceito de ataque armado, especialmente nos domínios não-estatais. Assim, antes de assumirmos uma posição estática sobre este assunto, o afã científico nos demandará

---

<sup>152</sup> ZEMANEK, *op cit.*, 2013. Parágrafo 7. “But the thrust of the Court’s thinking is clear: an isolated minor incident which, by the manner in which it takes place, cannot be mistaken for a threat to the safety of the State would not qualify as armed attack under Art. 51 UN Charter.”

<sup>153</sup> WILMSHURST, Elizabeth. The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006. p. 11.

<sup>154</sup> RATNER, *op. cit.*, 2012. pp. 7 e ss.

<sup>155</sup> STAHN, Carsten. International Law Under Fire: Terrorist Acts as “Armed Attack”: The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism. *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2003.

esquadrinhar os argumentos e as metodologias que embasam as interpretações contemporâneas do direito internacional nessa área, mostrando como, em seus resultados, ora tornam elásticos e ora comprimem a abrangência do conceito. Contudo, para que se tenha uma definição operacional de “ataque armado”, considera-se que o ponto de partida pode ser encontrado nas hipóteses do artigo 3º da Definição de Agressão (Resolução 3314 da Assembleia Geral, de 1974), considerando-se o rol como sugestivo de condutas que podem ser consideradas um ataque armado – inclusive ataques armados perpetrados por grupos não-estatais<sup>156</sup>, desde que possuam gravidade e escala suficientes para tal.

## **2.2. O direito internacional aplicável às forças armadas irregulares**

### **2.2.1. O conceito de “forças irregulares” e as situações de rebelião, insurgência e beligerância**

Nem sempre a *ratione personae* do direito internacional foi dominada por Estados<sup>157</sup>. E mesmo desde que a comunidade internacional passou a ser compreendida essencialmente como um conjunto de Estados, os indivíduos e os grupos não ligados formalmente a Estados continuaram a agir no interior e através das fronteiras estatais, estabelecendo entre si relações pacíficas e belicosas. Na compreensão moderna do direito das gentes, mesmo a doutrina de viés mais estatalista reconhece a existência de sujeitos de direito (entes com personalidade

---

<sup>156</sup> GRAY, *op. cit.*, 2008, p. 130. “States do not today challenge the view that actions by irregulars can constitute armed attack; the controversy centres on the degree of state involvement that is necessary to make the actions attributable to the state and to justify action in self-defence in particular cases”.

<sup>157</sup> “Medieval and scholastic thought on the personal scope of international law was essentially all-embracing. Reminiscent of the Roman *ius gentium* – the law in principle applying to all human beings as opposed to the *ius civile*, which only took effect among Roman citizens – medieval international law applied between rulers as well as among private individuals. This all-embracing European legal system was closely linked to the idea of a religious, political and cultural unity in the medieval European *respublica christiana* under the leadership of the Pope and the Emperor.” PORTMANN, *op. cit.*, 2010, p. 33.

jurídica internacional<sup>158</sup>) não estatais. Nesse campo doutrinário, encontram-se as organizações intergovernamentais<sup>159</sup> e os indivíduos<sup>160</sup>. Teorias mais abrangentes<sup>161</sup> incluem nessa lista, ainda, empresas transnacionais<sup>162</sup>, organizações não-governamentais<sup>163</sup> e grupos armados<sup>164</sup>. A pluralidade de sujeitos é, definitivamente, uma das marcas fundamentais do direito internacional dos nossos dias.

---

<sup>158</sup> “Personality in international law necessitates the consideration of the interrelationship between rights and duties afforded under the international system and capacity to enforce claims.” SHAW, 2008, *op. cit.*, pp. 195-196.

<sup>159</sup> Caso Folke Bernadotte. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Advisory Opinion of April 11th, 1949. International Court of Justice; FERNÁNDEZ, Félix Vacas. *Fundamento Jurídico Internacional: la subjetividad internacional de Naciones Unidas y su sometimiento al Derecho Internacional*. In: La responsabilidad internacional de Naciones Unidas. Madrid: Libros Dykinson, 2002; SHAW, 2008, *op. cit.*, pp. 245 e ss.

<sup>160</sup> SHAW, 2008, *op. cit.*, pp. 195-250. E outra doutrina mais especializada e enfática: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. *Récueil des Cours*, 2005.

<sup>161</sup> D’ASPREMONT, Jean. *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*. New York: Routledge, 2011; a este respeito, também, HIGGINS, 1994, *op. cit.*; CRAWFORD, 2013, *op. cit.*; GREEN, Fergus. Fragmentation in Two Dimensions: The ICJ’s Flawed Approach to Non-State Actors and International Legal Personality. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9, 2008.

<sup>162</sup> BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations’ Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law. *Columbia Human Rights Review*, 2005. pp. 101-192.

<sup>163</sup> LINDBLOM, Anna-Karin. *Non-Governmental Organisations in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005; BETTATI, Mario et DUPUY, Pierre-Marie. *Les O.N.G. et le Droit International*. Paris: Economica, 1986; LEROUX, Nicolas. *La Condition Juridique des Organisations Non Gouvernementales Internationales*. Bruxelles: Éditions Yvon Blais, 2009; CHARNOVITZ, S. Non-Governmental Organizations and International Law. *American Journal of International Law*, vol. 100, n. 2, abril de 2006; BEN-ARI, Rephael H. *The Legal Status of International Non-Governmental Organizations. Analysis of Past and Present Initiatives (1912-2012)*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013; ZIMMERMANN, Taciano S. Os Atores Não-Estatais e o Desenvolvimento do Direito Internacional: a Participação das ONGs nas Negociações da Convenção contra a Tortura no Âmbito da ONU. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 15, 2015.

<sup>164</sup> SASSÒLI, Marco. *Rights and Obligations of Non-State Actors under International Humanitarian Law*. Curso ministrado por Marco Sassòli

No âmbito do estudo ora realizado, porém, serão consideradas neste domínio apenas as entidades não-estatais de caráter belicoso, isto é, forças irregulares, grupos armados ou organizações terroristas, por se tratar de pesquisa preocupada com as relações de força armada que se situam para além do Estado na comunidade internacional. Não se incluirão no conceito operacional de entidades não-estatais, portanto, as organizações intergovernamentais, os indivíduos, as empresas transnacionais e as organizações não-governamentais, muito embora elas se enquadrem no perímetro do conceito em situações ideais de temperatura e pressão.

Por *forças irregulares* (ou *grupos armados* ou *organizações terroristas*), entende-se: grupos de caráter não estatal, irregular, armado e com objetivos políticos que são perseguidos através do uso internacional da força. Segundo o glossário do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, são *grupos armados organizados*<sup>165</sup> o braço armado de uma parte não estatal a um conflito armado não-internacional, que podem ser forças dissidentes ou outros grupos armados organizados “que recrutam seus membros primariamente da população civil mas que desenvolveram um grau de organização militar que os torna capaz de conduzir hostilidades em nome de uma parte do conflito”<sup>166</sup>. O conceito

---

(Université de Genève) na Universidade Ludwig-Maximilian de Munique (Munich Advanced Course of International Law), no verão de 2015; ROBERTS, Anthea *et* SIVAKUMARAN, Sandesh. Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law. *The Yale Journal of International Law*, vol. 37, n. 1, pp. 107-152; DINSTEIN, Yoram. *Non-International Armed Conflicts in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. pp. 63-73.

<sup>165</sup> No caso *Prosecutor vs. Boškoski and Tarčulovski* (2008), o Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia (ICTY) identificou elementos que devem estar presentes para que se possa considerar que um grupo armado é “organizado”, entre os quais encontram-se a existência de uma estrutura de comando e de regras disciplinares no interior do grupo; a existência de uma sede; o controle de território; o acesso a armas e outros insumos militares; a capacidade de realizar operações militares; a capacidade de ser representado e falar para concluir acordos, etc. Ver: KLEFFNER, Jann K. The applicability of international humanitarian law to organized armed groups. *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n. 882, 2011.

<sup>166</sup> Disponível em: <https://casebook.icrc.org/casebook/doc/glossary/armed-groups-glossary.htm>. Acesso em agosto de 2016. “(...) other organized armed groups which recruit their members primarily from the civilian population but have developed a sufficient degree of military organization to conduct hostilities on behalf of a party to the conflict.”.

abrange, por exemplo, movimentos de libertação nacional, insurgentes e células terroristas. Para este trabalho, é irrelevante se o conflito em questão possui caráter internacional ou não-internacional.

A atuação de combatentes irregulares é uma preocupação antiga na ciência do direito internacional. O fenômeno ganhou força e relevância inéditas, sob uma perspectiva jurídica, a partir do momento em que a regularidade dos exércitos tornou-se elemento essencial da guerra. Na época da interestatalidade, tal qual exposto anteriormente, o conceito de guerra passou por profunda modificação, da guerra justa à *guerre en forme*<sup>167</sup>, esta levada a efeito somente por Estados, por meio de exércitos regulares. Foi ali que a guerra, em termos jurídicos, publicizou-se definitivamente. Com a regularidade surgiu, também, a irregularidade, e, junto, o problema da condição jurídica das forças irregulares<sup>168</sup>, ou do que Carl Schmitt trataria, na segunda metade do século XX, como o problema do *partisan*<sup>169</sup>.

Na teoria schmittiana, a irregularidade seria posta sob a figura do *partisan*, o combatente irregular por excelência. Na visão do autor, sua irregularidade seria tão mais forte quanto mais importante fosse o “regular” que sua conduta colocasse em dúvida. Mas não somente irregular: o *partisan* era sobretudo um combatente com intenso engajamento político, pelo que se diferencia do ladrão, do criminoso e do pirata; possui acentuada mobilidade de combate ativo e, além disso, possui caráter telúrico, pois suas aspirações estão profundamente conectadas ao elemento do solo (razão por que suas pretensões, em regra, não adquirem caráter absoluto, isto é, ligado a uma justiça abstrata). O problema do *partisan* é, em suma, “o problema da relação entre combate regular e irregular”<sup>170</sup>. Este epifenômeno expandiu-se de tal forma no século XX que, segundo Schmitt, colocou em cheque o direito bélico *clássico*<sup>171</sup>. Nota-se, ainda, que, na visão do autor alemão,

---

<sup>167</sup> SCHMITT, 2014, *op. cit.*

<sup>168</sup> DABONÉ, Zakaria. International Law: armed groups in a state-centric system. *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n. 882, junho de 2011. pp. 395-424.

<sup>169</sup> SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político / Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>170</sup> SCHMITT, 2009, *op. cit.*, p. 218.

<sup>171</sup> Schmitt descreve esse direito clássico como aquele em que “[a] guerra é travada de Estado para Estado como uma guerra dos exércitos estatais e regulares, entre titulares soberanos de um *jus belli* que, mesmo na guerra, se respeitam enquanto inimigos e não se discriminam mutuamente como

o *partisan*, enquanto irregular, permanece fora da circunscrição (isto é, da regulação jurídica) da guerra. *Hors la loi*.

Desde o século XVIII, entretanto, os Estados já ensaiavam tentativas jurídicas de apreender o fenômeno da guerra não-estatal na ordem internacional. Inicialmente, este movimento operacionalizou-se por meio do conceito de reconhecimento de insurgentes como beligerantes, situação em que “o conceito de guerra puramente *interestatal* do direito das gentes europeu [era] transportado para uma luta puramente *intra-estatal*, uma guerra civil”<sup>172</sup>. Nesse contexto, as partes beligerantes em uma guerra civil, por exemplo, estavam obrigadas a obedecer os usos e os costumes da guerra em sua relação de hostilidade, pois eram tratados, segundo Vattel, como corpos independentes, ainda que no seio de uma mesma sociedade política, de modo que “[a]s mesmas razões que fundamentam a obrigação de Estado para Estado [durante a guerra] as tornam tanto mais necessárias no caso deplorável em que dois partidos obstinados dilaceram sua pátria comum”<sup>173</sup>. Esta espécie de guerra privada tornava-se, por uma equiparação jurídica, essencialmente pública e, portanto, colocava-se sob o governo do direito internacional.

Consolidaram-se, nesse cenário, reflexões jurídicas sobre as situações de rebelião, insurgência e beligerância<sup>174</sup>. Trata-se de fenômenos distintos entre si. As três hipóteses possuem, nesta ordem, relação de intensidade crescente<sup>175</sup>. São três estágios distintos de

---

criminosos, de modo que é possível um acordo de paz, permanecendo este inclusive como o término normal e natural da guerra” *Ibidem*, p. 157.

<sup>172</sup> SCHMITT, 2014, *op. cit.*, p. 324.

<sup>173</sup> VATTEL, 1758, *op. cit.*, p. 440. “Todas as vezes, portanto, que um partido numeroso se acha no direito de resistir ao soberano e se encontra na situação de tomar em armas, a guerra deve ser feita entre eles da mesma maneira que entre duas nações diferentes e devem recorrer aos mesmos meios para evitar os excessos e restabelecer a paz.” [...] Quando, porém, a nação se divide em dois partidos totalmente independentes, que não reconhecem mais superior comum, o Estado está dissolvido e a guerra entre os dois partidos recai, sob todos os aspectos, no caso de uma guerra pública entre duas nações diferentes.”

<sup>174</sup> Para uma elucidação mais detalhada: CULLEN, Anthony. *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*. New York: Cambridge University Press, 2010. pp. 7 e ss; WILSON, Heather A. *International Law and the Use of Force by Liberation Movements*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

<sup>175</sup> HIGGINS, Noelle. The Application of International Law to Wars of National Liberation. *Journal of Humanitarian Assistance*, 2004.

questionamento da ordem estabelecida. A primeira, em parte por se referir a situações de insurreição que não se prolongam excessivamente no tempo e por envolver situações esporádicas e isoladas, considera-se estar fora da regulação do direito internacional público. É uma questão a ser enquadrada no direito interno e afeta à soberania de cada Estado. Rebeldes são, *a priori*, criminosos. A insurgência, por sua vez, apresenta caráter mais grave, com maior grau de organização, certo controle de território. Quando uma supressão dirigida a rebeldes se mostra ineficaz, passa-se ao estado de insurgência. Há divergência na doutrina<sup>176</sup> acerca da aplicação do direito internacional humanitário a tais casos, designados, por vezes, com *status* de *quasi*-direito internacional<sup>177</sup>. O problema surge, em geral, quando um terceiro Estado, por ter seus interesses afetados pelo conflito, é obrigado a estabelecer relações com os insurgentes. É uma situação de meio-termo, indefinida em grande parte, mas, certamente, já não é apenas uma questão criminal. Parece, na verdade, que a posição doutrinária mais disseminada é pela aplicação das normas internacionais. No caso *Tadic*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia expressou o porquê:

Primeiro, guerras civis têm se tornado mais frequentes, não apenas porque o progresso tecnológico tem facilitado o acesso de grupos de indivíduos a armamento mas também por causa da crescente tensão, seja ideológica, interétnica ou econômica; em consequência, a comunidade internacional não pode mais fechar os olhos para o regime jurídico de tais guerras. Em segundo lugar, conflitos armados internos tornaram-se mais e mais cruéis e protraídos, envolvendo a totalidade da população do Estado onde ocorrem: o recurso ilimitado à violência armada atingiu tal magnitude que a diferença com as guerras internacionais tem diminuído cada vez mais [...] Em terceiro lugar, a

---

<sup>176</sup> “[...] any attempt to lay down the conditions of recognition of insurgency leads itself to misunderstanding. Recognition of insurgency creates a factual relation in the meaning that legal rights and duties as between insurgents and outside States exist only in so far as they are expressly conceded and agreed upon for reasons of convenience, of humanity, or of economic interest.” LAUTERPACHT, Hersch. *Recognition in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1947. pp. 276-277. E mais: HIGGINS, 2004, *op. cit.*, pp. 8 e ss; CULLEN, 2010, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

<sup>177</sup> *Ibidem*.



natureza de grande escala do conflito civil, somada à crescente interdependência dos Estados na comunidade mundial, tem tornado cada vez mais e mais difícil para terceiros Estados permanecerem indiferentes: os interesses econômicos, políticos e ideológicos de terceiros Estados ocasionaram seu envolvimento direto ou indireto nessa categoria de conflito, o que demanda que o direito internacional tenha maior consideração acerca do seu regime jurídico para prevenir, tanto quanto possível, efeitos adversos de transbordamento. Em quarto lugar, o impetuoso desenvolvimento e propagação na comunidade internacional de doutrinas de direitos humanos [...] trouxe significativas mudanças ao direito internacional, notavelmente na abordagem dos problemas que afligem a comunidade mundial. Uma abordagem orientada para a soberania estatal foi gradualmente suplantada por uma abordagem orientada para o ser humano.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> *Tadic*, caso nº. IT-94-1-AR72, parágrafo 97. Tradução livre. Do original: “First, civil wars have become more frequent, not only because technological progress has made it easier for groups of individuals to have access to weaponry but also on account of increasing tension, whether ideological, inter-ethnic or economic; as a consequence the international community can no longer turn a blind eye to the legal regime of such wars. Secondly, internal armed conflicts have become more and more cruel and protracted, involving the whole population of the State where they occur: the all-out resort to armed violence has taken on such a magnitude that the difference with international wars has increasingly dwindled ... Thirdly, the large-scale nature of civil strife, coupled with the increasing interdependence of States in the world community, has made it more and more difficult for third States to remain aloof: the economic, political and ideological interests of third States have brought about direct or indirect involvement of third States in this category of conflict, thereby requiring that international law take greater account of their legal regime in order to prevent, as much as possible, adverse spill-over effects. Fourthly, the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach.

Por fim, a beligerância, uma vez reconhecida, é o estágio mais avançado do conflito e, definitivamente, confere às partes beligerantes os direitos e as obrigações derivadas do direito internacional humanitário. A beligerância é um estado conflituoso avançado, onde o grupo em questão possui controle substancial de território, luta com aderência às normas de guerra, apresenta forças organizadas e autoridade responsável – características similares à guerra internacional. O instituto de reconhecimento de beligerantes, como já explanado, gerava um dever de neutralidade no Estado que reconhecia os beligerantes, pois trazia à guerra interna a mesma lógica da guerra interestatal. O ato de reconhecimento, aliás, conferia aos beligerantes não estatais uma espécie de personalidade jurídica internacional<sup>179</sup>. Em outras palavras, uma mudança de *status* jurídico.

Contudo, a doutrina do reconhecimento de beligerantes eventualmente cairia em total desuso. Os Estados passaram a preferir o conceito mais flexível, e com consequências menos claras, da *insurgência*<sup>180</sup>, pois a ele podiam moldar melhor seus interesses no conflito em questão. Ainda assim, aquele instituto representou o início da preocupação dos Estados em fazer aplicar as normas de direito internacional a conflitos internos, conferindo-se direitos e deveres a combatentes irregulares, não estatais.

### **2.2.2. A via da aplicabilidade direta: o direito internacional humanitário**

Em 1899, na primeira Conferência de Paz da Haia, havia forte divisão entre os Estados acerca do estado da arte internacional sobre a disciplina jurídica dos combatentes irregulares<sup>181</sup>. A dissensão separava os que acreditavam na ilegalidade *a priori* de toda força irregular, a ser tratada no direito interno, e os que julgavam que o direito internacional

---

<sup>179</sup> CULLEN, 2010, *op. cit.*, p. 18.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 22. “The current total disuse of the belligerency doctrine arguably resulted from states resorting to the more flexible concept of insurgency. For many commentators, the non-recognition of the Spanish Civil War as a situation of belligerency by neighbouring states demonstrated the demise of the concept. By recognising a situation as one of insurgency, states avoided the restrictions on behaviour incurred by recognition of belligerency, allowing a greater degree of flexibility in defining relations with insurgents.”

<sup>181</sup> Veja, a este respeito: *Proceedings of Hague Peace Conference of 1899*. Carnegie Endowment Publication, 1920. pp. 546 e ss.

regulava sua conduta e conferia a tais forças certo tratamento jurídico. O artigo 1º do Anexo da Convenção de Haia de 1907 sobre Leis e Costumes da Guerra Terrestre, adotada na Conferência posterior, resultou de um compromisso entre as posições até então divergentes<sup>182</sup> e equiparou *determinadas categorias* de combatentes irregulares a forças regulares, concedendo-lhes, nessa medida, direitos e deveres que eram próprios a estas últimas, conforme se lê do dispositivo:

Artigo 1. As leis, os direitos, e os deveres da guerra aplicam-se não apenas a exércitos, mas também a milícias e corpos de voluntários que preencham as seguintes condições:

1. Sejam comandadas por uma pessoa responsável por seus subordinados;
2. Possuam um emblema distintivo fixo reconhecível a distância;
3. Portem armas abertamente; e
4. Conduzam suas operações de acordo com as leis e costumes da guerra.

Em países onde milícias ou corpos de voluntários constituem o exército, ou formam parte dele, eles são incluídos sob a denominação “exército”.<sup>183</sup>

Os combatentes que fizessem parte de um grupo não-estatal que preenchesse os requisitos do artigo 1º tinham direitos e deveres tais quais combatentes regulares, e, no caso de capturados, por exemplo, deveriam ser tratados como prisioneiros de guerra, com todas as prerrogativas que daí decorriam. Além disso, mesmo em relação aos combatentes que não apresentassem as características ali definidas

---

<sup>182</sup> U.S. ARMY. *A Treatise on the Juridical Basis of the Distinction Between Lawful Combatant and Unprivileged Belligerent*. The Judge Advocate General's School, 1959. p. 50. “Article 1 of the 1907 Hague Convention (and its present counterpart) bear the marks of several compromises. The very method used – requiring irregular forces to possess some, but not all of the characteristics of a formal army – is a compromise itself. The irregular force is required to be somewhat like an ordinary army, but not quite. Other compromises show in the vagueness of the four conditions. For example, what is the distance at which the emblem must be recognizable?”.

<sup>183</sup> Tradução livre. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=4A21D01103C0DCFCB12563CD005165FE>. Acesso em agosto de 2016.

previu-se relativa proteção jurídica. No preâmbulo da Convenção, os Estados fizeram questão de constar que “nos casos não incluídos nas Regulações adotadas por eles, [os Estados-parte declaram que] os habitantes e os beligerantes permanecem sob a proteção e a regulação dos princípios do direito das nações, uma vez que resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade, e dos ditames da consciência pública”<sup>184</sup>, o que ficou conhecido como a “cláusula Marten” (*Marten’s clause*). Esta última garantia, porém, por ser preambular, era relativamente incerta, e, em si, revelava aquele compromisso que fora estabelecido em meio às divergências dos Estados.

A situação se modificaria após a Segunda Guerra Mundial. Emergiria na comunidade jurídica internacional a compreensão de que o direito internacional humanitário, isto é, o conjunto de leis e costumes observados em tempos de guerra (do latim, *jus in bello*), ou pelo menos a parte essencial dele, deveria ser definitivamente aplicável não somente aos exércitos regulares dos Estados, mas também aos grupos armados organizados<sup>185</sup>, partes beligerantes em conflitos armados não-internacionais. As razões desse movimento de intensificação do que já havia sido iniciado na Haia podem muito bem ser explicadas por aquele trecho do julgamento do caso *Tadic*, mencionado na subseção anterior, entre as quais se evidenciam a difusão da doutrina dos direitos humanos e a relativização do paradigma jurídico centrado na soberania dos Estados.

Nas Convenções de Genebra de 1949, como resultado, positivaram-se normas aplicáveis tanto aos Estados como aos grupos armados organizados, especialmente, o artigo 3º comum às quatro Convenções ali celebradas (*common Article 3*). Segundo a previsão deste dispositivo, tem-se que:

---

<sup>184</sup> *Ibidem*, tradução livre. “Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.”

<sup>185</sup> A título de ilustração: KLEFFNER, *op. cit.*, 2011; ZEGVELD, Liesbeth. *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2002.

No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar, pelo menos, as seguintes disposições [...]

É da leitura da frase “cada uma das Partes no conflito” que se extrai a conclusão de que as obrigações estabelecidas nos parágrafos e nas alíneas do artigo 3º comum são o direito mínimo aplicáveis tanto a forças regulares como a irregulares (todas as *partes no conflito*) em caso de conflito armado de caráter não-internacional<sup>186</sup>, isto é, que não envolva mais de um Estado. Na parte final do artigo, constou expressamente que “a aplicação dos dispositivos precedentes não afetará o estatuto jurídico [*legal status*] das Partes no conflito”, destacando-se os fins exclusivamente humanitários da aplicação da norma. Mesmo com essa garantia em favor dos Estados, ainda há significativa relutância por parte destes no momento de reconhecer a existência de um conflito armado não-internacional<sup>187</sup> e a consequente aplicação das normas internacionais a grupos armados<sup>188</sup>.

Em 1977, os Estados adotariam, ainda, o Protocolo Adicional II<sup>189</sup> às Convenções de Genebra, cujo propósito era desenvolver e completar o conteúdo do artigo 3º comum às Convenções. Este foi o primeiro (e único) instrumento internacional exclusivamente destinado à regulação da conduta das partes em um conflito armado de caráter não-internacional<sup>190</sup>. Entretanto, o escopo de sua aplicação é mais restrito do que o que dá azo à incidência do artigo 3º comum, pois, enquanto este se aplica a conflitos entre grupos dissidentes em um Estado, sem que o Estado necessariamente seja parte, o Protocolo apenas será aplicável à

---

<sup>186</sup> CULLEN, *op. cit.*, 2010; DINSTEIN, *op. cit.*, 2014.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>188</sup> Para um recente estudo a respeito, envolvendo principalmente obrigações de direitos humanos: MURRAY, Daragh. *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*. Oxford: Hart Publishing, 2016; ver também: CALAZANS, Erika. *Private Military and Security Companies: the Implications Under International Law of Doing Business in War*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2016.

<sup>189</sup> Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>190</sup> GREEN, L. C. *The Contemporary Law of Armed Conflict*. Manchester: Manchester University Press, 2002. p. 61.

luta entre o governo do país e forças beligerantes insurgentes<sup>191</sup>. Tais forças precisam estar atuando “sob a chefia de um comando responsável” e exercendo controle “sobre uma parte” do território do Estado, de tal modo que lhes permita levar a cabo operações militares organizadas. Em conjunto com as Convenções de Genebra, este instrumento representa em grande medida o direito convencional aplicável a situações de conflitos internos, relativos à condução das hostilidades.

Em tudo isso, há que se ter em mente que os grupos armados possuem natureza fugaz, instável, e, por sua própria existência, são entidades que representam, no mínimo, um grande incômodo aos Estados. A seu turno, o direito internacional, com o Estado ao centro da criação das normas, tem dificuldades para lidar com o fenômeno, pois qualquer reconhecimento de direitos direcionados a grupos irregulares pode soar como chancela da situação. Nesse sentido, os grupos armados existem, na perspectiva jurídica internacional, de modo extremamente limitado, descontínuo. Para além do direito internacional humanitário, aliás, é sempre complexo falar de direitos e obrigações a eles aplicáveis, como explica Daboné:

Nenhum grupo armado, seja um grupo armado ordinário ou um que surge para emancipar um povo, existe para o direito internacional por si só. Eles existem por, e especialmente à luz de, sua capacidade de desafiar fundamentalmente a ordem pública estabelecida. Um grupo armado existe a partir do início de um conflito armado no qual ele participa. Ele é fugaz por natureza comparado ao Estado, e sempre parece pegar o direito internacional de surpresa. O direito, a seu turno, permanece indiferente acerca do tema,

---

<sup>191</sup> Artigo 1º. O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3º, comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação actuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controlo tal que lhes permita levar a cabo operações militares continuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo. (destaque adicionado)

especialmente porque, em geral, grupos armados não são desejados (diferentemente de organizações internacionais, por exemplo, que possuem um ‘direito internacional’ [*international right*]). [...] Grupos armados nascem para perturbar a ordem, no sentido físico e jurídico. A sua existência *de facto* e o longo alcance de suas ações no mundo moderno não é suficiente para afastar a ideia de que há algo anormal sobre sua existência. O principal obstáculo é o Estado, que continua a dominar o direito internacional, mesmo apesar de estar lidando com dificuldades práticas, tanto pacificamente (indivíduos, sociedade civil, diversas escolas de pensamento e filosofia) como pela violência (terroristas ou grupos armados).<sup>192</sup>

No fundo, o problema do tratamento jurídico internacional das forças irregulares remete ao problema essencial de toda ordem jurídica, isto é, ao relacionamento que a ordem estabelecida desenvolve com os fatores que, por sua própria natureza, a desafiam. Em outras palavras, é uma dificuldade intrínseca ao direito, seja interno, seja internacional, responder a realidades fáticas cuja mera existência desafia a norma, pois aí se desenvolve a tensão entre, de um lado, a obrigação que a ordem possui de não cancelar a ilicitude, reconhecendo-a, e, de outro, a

---

<sup>192</sup> DABONÉ, 2011, *op. cit.*, p. 424. “No armed group, whether it is an ordinary armed group or one rising up to emancipate a people, exists in international law on its mere say-so. It exists because, and especially in the light of, its ability to fundamentally challenge the established public order. An armed group exists at the earliest at the start of an armed conflict in which it has a stake. It is fleeting in nature compared to the state, and always seems to take international law by surprise. The law, in turn, remains aloof from the subject, especially since, in general, armed groups are not desired or wanted (unlike international organizations, for example, which have ‘an international right’). Unlike other entities, such as the state and the international organizations, armed groups should not exist; in other words, their existence is not usual in international law. Armed groups are born to disturb order, in the physical and legal sense. Their *de facto* existence and the far reach of their actions in the modern world do not suffice to do away with the idea that there is something abnormal about their existence. The main obstacle is the state, which continues to dominate international law, even though it has been dealt practical setbacks, both peacefully (by individuals, civil society, various schools of thought and philosophy) and by violence (terrorists or armed groups).”

necessidade de o direito lidar com as situações de fato por vezes insuperáveis que se situam invariavelmente no domínio do ilícito.

Este problema crucial muito se evidenciará nas discussões deste trabalho. Algumas das normas do direito internacional humanitário (*jus in bello*), como se viu, são aplicáveis, sob certas circunstâncias, à conduta dos grupos armados. Entretanto, a aplicabilidade direta a tais grupos do direito que regula o uso da força na comunidade internacional (*jus ad bellum* ou *jus contra bellum*) é objeto de aguda controvérsia na doutrina e na prática internacional. Permanece presente e vibrante, aí, a questão fundamental posta no parágrafo anterior. Sobre este tema, entraremos em detalhes nos próximos capítulos, onde se verá que esta é uma das principais divisões da doutrina contemporânea a respeito do direito à legítima defesa contra ataques perpetrados por entidades não-estatais.

Para o propósito desta seção, foi suficiente demonstrar que, muito embora o direito internacional se preocupe com o tratamento jurídico conferido às forças irregulares há mais de século, a questão permanece controversa na medida em que se trata de problema fundamental inerente à ordem jurídica, de maneira que, para além da fronteira do direito internacional humanitário, a aplicabilidade direta do direito internacional a grupos armados ou forças irregulares situa-se em águas teóricas muito pouco navegadas.

### **2.2.3. A via da aplicabilidade indireta: a responsabilidade internacional**

Menos controversa é a aplicação indireta das normas internacionais à conduta de grupos armados. Indireta porque se dá, neste caso, através do Estado, sujeito *par excellence* do direito das gentes. Assim, é algo estabelecido no sistema jurídico internacional que, em ocasiões determinadas, a conduta de grupos não-estatais, armados ou não, pode ser atribuída ao Estado, para efeito de responsabilização internacional pelas violações cometidas por tais entidades, desde que determinados requisitos sejam verificados. Em outras palavras, se o direito da responsabilidade internacional<sup>193</sup> não consegue captar

---

<sup>193</sup> Para uma visão geral sobre a responsabilidade internacional: PELLET, Alain. The definition of responsibility in international law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. pp. 3-16; RAGAZZI,



diretamente as ações de grupos armados, ele o faz, em certas situações, por meio do Estado, atribuindo a este, para todos os efeitos, a conduta do ente não-estatal.

O direito da responsabilidade internacional é aquele destinado a regular as consequências jurídicas que decorrem da prática de um ato ilícito no direito internacional<sup>194</sup>. Talvez o maior nome deste ramo do direito internacional tenha sido o do italiano Roberto Ago. O trabalho realizado pelo jurista no século XX foi responsável pela solidificação científica e política da matéria no direito das gentes. Certamente, sua construção não teria sido possível se não pudesse lançar mão dos fundamentos apresentados por seus ancestrais. O que se viu na doutrina de Ago e que, posteriormente, consolidar-se-ia pelas mãos de Crawford, foi construído sobre o que havia de mais sofisticado no pensamento dos juristas que ocuparam a posição de artesãos da história e da ciência do direito internacional no século passado.

De Dionisio Anzilotti<sup>195</sup>, Ago<sup>196</sup> resgataria o mecanismo central da responsabilidade internacional: a estrutura binária centrada no conceito de “violação” da norma ou de “quebra” da obrigação internacional, pautada na necessidade de objetivização<sup>197</sup> do sistema. A norma ou é violada ou não é – sem espaço para meio termo. Obrigações internacionais ou são mantidas ou são quebradas. Não há divagações acerca da culpa. Essa estrutura binária ainda forma o núcleo duro do sistema contemporâneo de normas de responsabilização. E quando se fala de responsabilidade internacional, fala-se de violação a normas jurídicas, ou, mais especificamente, de violação a direito de outro

---

Maurizio (ed.). *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Boston: Martinus Nijhoff, 2005.

<sup>194</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 499.

<sup>195</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. 3ª ed., 1927; DUPUY, Pierre-Marie. Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States. *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992.

<sup>196</sup> AGO, Roberto. The European Tradition in International Law: Dionisio Anzilotti. *Rencontres avec Anzilotti. European Journal of International Law*, vol. 3, 1992.

<sup>197</sup> A objetivização pretendida por Anzilotti residia, principalmente, na exclusão da análise de culpa na responsabilidade internacional, devido à incerteza que a circunda, e na exclusão de meros interesses, para trabalhar apenas com a ideia de direito subjetivo dos Estados.

Estado<sup>198</sup>. Não há defesa de mero interesse. O fator gatilho (*triggering factor*), portanto, o que aciona os mecanismos da responsabilidade, é a violação da norma. No início do último século, porém, a concepção de responsabilidade internacional ainda possuía caráter eminentemente bilateral<sup>199</sup>, herdado fortemente da obra de Vattel, e concentrava-se no aspecto da reparação de danos. Essa dimensão privatista<sup>200</sup> da teoria de Anzilotti ainda se faz perceptível nos traços contemporâneos do instituto da responsabilidade por meio do conceito de “compensação”, destinado a responder ao dano.

De Hans Kelsen<sup>201</sup>, o jurista italiano tomaria a ideia de coerção como elemento essencial da ordem jurídica. A responsabilidade internacional seria o meio de implantá-la no direito internacional. Ela cumpriria, no sistema, a função não apenas de reparação de danos, mas, sobretudo, de restauração da legalidade internacional, uma vez que esta tivesse sido quebrada por força da violação à norma. Essa função também se faz sentir na estrutura contemporânea, mais especificamente nas “contramedidas”<sup>202</sup> (*countermeasures*), enquanto mecanismos de restauração da legalidade violada.

---

<sup>198</sup> “[...] only the violation by a state of a true subjective right of another state can give rise to state responsibility and not the mere violation of general or more specific interests”. p. 1087. NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations. *European Journal of International Law*, vol, 13, n. 5, 2002. pp. 1083-1098.

<sup>199</sup> NOLTE, *op. cit.*, 2002.

<sup>200</sup> Roberto Ago conta que, quando estudante recém formado, foi ter com Anzilotti na sede da Corte, pelos idos dos anos 20. Ao ser indagado sobre sua tese e seus planos para o futuro, o estudante respondeu que seus interesses se voltavam ao direito internacional privado. Anzilotti, então, congratulou-o e pontuou que também havia iniciado pelo direito privado, que era, na sua opinião, devido à disciplina jurídica que exige, a escola que forma o espírito para a tarefa ulterior de posicionar sobre uma base verdadeiramente jurídica o estudo das relações internacionais entre os Estados.

<sup>201</sup> KELSEN, *op. cit.*, 1999; KELSEN, *op. cit.*, 2010.

<sup>202</sup> Artigo 49: “1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two. 2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State. 3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question” [...] “It identifies the State or States which may react to an internationally wrongful act and

De Hersch Lauterpacht<sup>203</sup>, herda-se, por Ago, uma compreensão mais punitiva, de caráter mais público, expressa na noção de crime internacional ou crime contra o direito internacional. Vem daí a ideia de que violações mais sérias do direito internacional provocam o acionamento de um regime específico. Traços da contribuição de Lauterpacht se fazem sentir, ainda hoje, no regime de violações agravadas (*aggravated-breach regime*). É, em boa medida, reflexo disso o fato de que o Projeto de Artigos de 2001 contenha um capítulo específico (III) para lidar especificamente com “sérias violações de obrigações sob normas peremptórias de direito internacional geral”<sup>204</sup>.

Sob a égide dessas balizas, o regime contemporâneo partiu, na análise de Crawford<sup>205</sup>, de uma intuição de Ago sobre uma cisão fundamental na natureza das normas jurídicas internacionais: de um lado, estavam as regras que impunham obrigações aos Estados, denominadas de “primárias”; de outro, as regras que governavam o sistema de responsabilização pela violação daquelas normas, “secundárias”<sup>206</sup>. A aplicação dessa segunda categoria de normas

---

specifies the modalities by which this may be done, including, in certain circumstances, by the taking of countermeasures as necessary to ensure cessation of the wrongful act and reparation for its consequences.” COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Interacionalmente Ilícitos com comentários*. Organização das Nações Unidas, 2008. Versão em inglês disponível aqui: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf). Acesso em agosto de 2016.

<sup>203</sup> LAUTERPACHT, Hersch. The Law of Nations and the Punishment of War Crimes. *British Yearbook of International Law*, vol. 58, 1944; LAUTERPACHT, Elihu. (Ed.). *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*. New York: Cambridge University Press, 1975.

<sup>204</sup> COMISSÃO..., *op. cit.*, 2008, p. 110. “1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.”

<sup>205</sup> CRAWFORD, *op. cit.*, 2008, p. 539.

<sup>206</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II. Organização das Nações Unidas, 1970, p. 306. “[...] the principles which govern the responsibility of States for internationally wrongful acts, maintaining a strict distinction between this task and the task of defining the rules that place obligations on States, the violation of which may generate responsibility ... [I]t is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes, and another to determine whether that

somente seria acionada quando houvesse violação das primeiras, e sua operação independe, ao menos em termos gerais, do conteúdo das normas primárias. Trata-se de duas categorias independentes, malgrado relacionadas entre si.

A este trabalho interessam, especialmente, as normas gerais de responsabilidade – as normas secundárias, portanto – que se inserem no âmbito da atividade de grupos não estatais e de sua conexão com a responsabilização dos Estados. Talvez a principal norma internacional nesse domínio encontra-se no artigo 8º dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos<sup>207</sup>, elaborado durante longo período de tempo pela Comissão de Direito Internacional da ONU<sup>208</sup> e aprovado, em 2001, por Resolução da Assembleia Geral. O dispositivo prevê que “a conduta de uma pessoa ou de um grupo de pessoas será considerada um ato de um Estado sob o direito internacional se a pessoa ou o grupo de pessoas está, de fato, agindo sob as instruções, ou sob a direção ou controle daquele Estado ao praticar a conduta”<sup>209</sup>.

O tratamento adequado do tema pede algumas palavras sobre o conceito de atribuição, elemento central do direito da responsabilidade internacional e instituto jurídico por meio do qual se operacionaliza a aplicação indireta das normas internacionais a entidades não-estatais. Em seu artigo 2º, o Projeto de Artigos define: “Há um ato internacionalmente ilícito de um Estado quando a conduta, consistindo em uma ação ou omissão: (a) é atribuível ao Estado sob o direito internacional; e (b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado”<sup>210</sup>. Dois, portanto, são os pressupostos da

---

obligation has been violated and what should be the consequences of the violation.”

<sup>207</sup> Versão comentada, em inglês, disponível aqui: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf). Acesso em agosto de 2016.

<sup>208</sup> GARCIA, Marcio P. P. Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 41, 2004. pp. 273-285.

<sup>209</sup> COMISSÃO..., *op. cit.*, 2008, artigo 8º. Tradução livre. Do original: “The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

<sup>210</sup> *Ibidem*. Tradução livre. Do original: “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to

responsabilização internacional do Estado: conduta atribuível e violação de obrigação internacional. Em suma, a conduta que dá origem à reponsabilidade deve ser *atribuível* e *ilícita*, nesta ordem<sup>211</sup> – muito embora exista quem entenda ser a ordem indiferente<sup>212</sup>.

O processo básico do conceito de atribuição consiste em imputar os atos de uma pessoa física a uma pessoa jurídica<sup>213</sup>. “Estados, na condição de entidades abstratas, não agem diretamente. Estados não podem agir senão por meio de pessoas físicas – seja agindo isoladamente ou em grupo – que possuam um certo relacionamento com o Estado”<sup>214</sup>. O estabelecimento da atribuição de conduta é, sobretudo, uma operação normativa, e de natureza distinta daquela pela qual se afere a ilicitude do ato, tal qual exposto no Comentário da Comissão de Direito Internacional sobre os Artigos:

A atribuição de conduta ao Estado enquanto sujeito do direito internacional é baseada em critérios determinados pelo direito internacional e não no mero reconhecimento de uma conexão de causalidade factual. Enquanto operação normativa, a atribuição deve ser claramente distinguida da caracterização da conduta como internacionalmente ilícita. Seu objetivo é estabelecer que existe um ato do Estado para os propósitos de responsabilidade. Mostrar que a conduta é atribuível ao Estado não diz nada, por si só, sobre a legalidade ou não desta conduta, e as

---

the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

<sup>211</sup> “First it must determine how far, legally, the acts in question, may be regarded as imputable to the Iranian State. Second, it must determine the compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or any other rules of international law that may be applicable”. Caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. Julgamento. ICJ Reports, 1980, p. 3, parágrafo 29.

<sup>212</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *Infraction (Droit International Public)*. *Répertoire de droit international*, 1998. Parágrafos 19, 25.

<sup>213</sup> STERN, Brigitte. The Elements of an Internationally Wrongful Act. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 202.

<sup>214</sup> *Ibidem*. “States, as abstract entities, do not act directly. States cannot act other than through the intermediary of physical persons – whether acting in isolation or in a group – who have a certain relationship with the State”. p. 202.

regras de atribuição de conduta não devem ser formuladas de modo a implicar algo distinto.<sup>215</sup>

Teoricamente, toda e qualquer conduta poderia ser atribuída ao Estado<sup>216</sup>. A regra geral, porém, é que somente seja atribuível a um Estado a conduta de um órgão ou agente desse Estado, conforme o artigo 4º do Projeto de Artigos da Comissão<sup>217</sup>. Em termos mais gerais, o direito internacional limita, por sua operação normativa, a responsabilização do Estado somente às condutas nas quais é possível

---

<sup>215</sup> COMISSÃO..., *op. cit.*, 2008, art. 4º. Tradução livre. Do original: “The attribution of conduct to the State as a subject of international law is based on criteria determined by international law and not on the mere recognition of a link of factual causality. As a normative operation, attribution must be clearly distinguished from the characterization of conduct as internationally wrongful. Its concern is to establish that there is an act of the State for the purposes of responsibility. To show that conduct is attributable to the State says nothing, as such, about the legality or otherwise of that conduct, and rules of attribution should not be formulated in terms which imply otherwise.”

<sup>216</sup> COMISSÃO..., *op. cit.*, 2008, art. 4º. “In theory, the conduct of all human beings, corporations or collectivities linked to the State by nationality, habitual residence or incorporation might be attributed to the State, whether or not they have any connection to the Government. In international law, such an approach is avoided, both with a view to limiting responsibility to conduct which engages the State as an organization, and also so as to recognize the autonomy of persons acting on their own account and not at the instigation of a public authority. Thus, the general rule is that the only conduct attributed to the State at the international level is that of its organs of government, or of others who have acted under the direction, instigation or control of those organs, i.e. as agents of the State.” (destaque adicionado). Ver, a respeito: BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations: State Responsibility*. Parte I. Oxford: Clarendon Press, 1983. pp. 132-166; CONDORELLI, Luigi. *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*. Recueil des cours, 1984. Boston: Martinus Nijhoff, 1988.

<sup>217</sup> Em consonância com a “bem estabelecida regra, uma das pedras angulares do direito da Responsabilidade do Estado, de que a conduta de qualquer órgão do Estado deve ser considerada um ato desse Estado sob o direito internacional, e que, portanto, dá origem à responsabilidade do Estado, no caso de ela constituir uma violação de uma obrigação internacional do Estado.” Caso *Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro)* – 2007. Corte Internacional de Justiça. Tradução de Taciano S. Zimmermann. Disponível em: <http://goo.gl/hhh2Tg>. Acesso em agosto de 2016.

estabelecer um grau de conexão suficientemente forte do Estado com quem as pratica.

Desse modo, na realização da operação normativa de atribuição, utiliza-se o que geralmente se chama de critério ou teste de atribuição de conduta. Esse critério é o elemento que define o alcance da responsabilização do Estado por atos de particulares. A Corte Internacional de Justiça, no caso *Genocídio* (2007), ao rejeitar a aplicação do teste de “controle global” (*overall control*), utilizado pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia no caso *Tadic*, afirmou que o maior problema em lançar mão de um critério menos estrito, como o controle global, residiria no fato de que “ele estica demais, quase a um ponto de ruptura, a conexão que precisa existir entre a conduta de um órgão estatal e a sua responsabilidade internacional”<sup>218</sup>. Há um limite, portanto, e um limite relativamente estreito, para que uma conduta seja atribuível a um Estado. Não basta qualquer tipo de conexão. Não se sustenta qualquer tipo de teste. Quando se trata de responsabilizar o Estado por atos ilícitos, há que se ter cuidado com os limites da atribuição de conduta.

Aqui talvez resida a mais grave das contendas doutrinárias contemporâneas que circundam a responsabilidade do Estado por atos praticados por grupos não estatais: o teste correto a ser realizado no caso da conduta de grupos armados. O panorama geral é mais ou menos o que se segue. Em 1974, a Resolução 3314 da Assembleia Geral parecia atribuir a um Estado a conduta de grupos não estatais que tivessem sido “enviados por ou em nome desse” (*sent by or on behalf of*) Estado para promover ataques em outro Estado, ou quando se provasse o “envolvimento substancial” (*substantial involvement*) daquele primeiro Estado nas condutas praticadas pelo grupo<sup>219</sup>. Posteriormente, no caso *Nicarágua*, em 1986, a Corte Internacional de Justiça trabalhou com o teste de “controle efetivo” (*effective control*) para atribuir ao Estado a

---

<sup>218</sup> Caso *Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro)* – 2007. Corte Internacional de Justiça. Julgamento do mérito (2007). Parágrafo 406. “In this regard the ‘overall control’ test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility.”

<sup>219</sup> Artigo 3(g) da Resolução. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>. Acesso em agosto de 2016.

conduta de entes não estatais<sup>220</sup>. Uma década mais tarde, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia trouxe à discussão, em 1995<sup>221</sup>, o critério de “controle geral” (*overall control*)<sup>222</sup>. O artigo 8º dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, por sua vez, previu, em 2001, que a atribuição se daria, nestes casos, quando o grupo estivesse agindo “sob as instruções, ou sob a direção ou o controle” (*under the instructions of, or under the direction or control of*) de um Estado. Além disso, emergem na doutrina teorias que pretendem responsabilizar o Estado por meio do teste denominado “Estado indisposto ou incapaz” (*unwilling or unable*), isto é, quando o Estado não se mostra disposto ou não possui meios eficazes para combater as unidades que, do interior de seu território, praticam ataques contra terceiros Estados<sup>223</sup>. Essa profunda e por vezes insolúvel desarmonia normativa e doutrinária será abordada com maior vagar no decorrer deste trabalho. Bastam, para o momento, as linhas gerais. É diante deste problema que o conceito de atribuição de conduta, enquanto ferramenta que instrumentaliza a aplicação indireta do direito internacional a grupos armados, torna-se peça fundamental desta pesquisa. A variedade de testes propostos dificulta saber qual é o válido.

Por fim, é necessário pontuar que o Projeto de Artigos da Comissão funciona como regime geral, aplicável a violações oriundas de normas primárias das mais diversas naturezas, ressalvada a possibilidade de regimes específicos desenvolverem normas secundárias específicas, conforme previsto no artigo 55 daquele documento, que assim se lê: “Estes artigos não se aplicam nas ocasiões e na medida em que as condições para a existência de um ato internacionalmente ilícito ou o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um

---

<sup>220</sup> Caso *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (*Nicarágua vs. Estados Unidos da América*). Corte Internacional de Justiça. Julgamento do mérito (1986). Parágrafo 115. “For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.”

<sup>221</sup> Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Câmara de Julgamento. Caso *Tadic*. 10 de agosto de 1995.

<sup>222</sup> CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 4, 2007. pp. 649-668.

<sup>223</sup> DEEKS, Ashley. “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense. *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, n. 3, 2012.



Estado sejam governadas por regras especiais do direito internacional”<sup>224</sup>. Ou seja, onde um regime específico (v.g., o direito do uso da força ou o direito internacional econômico) preveja consequências à violação de uma obrigação que dizem respeito somente àquele ramo do direito internacional e que vão de encontro às normas do Projeto, as primeiras prevalecem.

Nesse âmbito, faz-se uma breve visitação ao conceito de *lex specialis*<sup>225</sup> no direito internacional, pois a pesquisa também envolve a relação entre o regime do uso da força e o direito geral da responsabilidade internacional na aplicação de regras de atribuição de conduta a um ataque armado perpetrado por um ente não estatal. O Relatório<sup>226</sup> do Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional sobre o tema, finalizado por Martti Koskenniemi em 2006, apresenta talvez a mais minuciosa análise do instituto no direito das gentes contemporâneo, no contexto do fenômeno da fragmentação do direito. É difícil colocar em melhores palavras, razão pela qual vale a pena citar alguns trechos do estudo:

O princípio de que o direito especial derroga o direito geral é uma máxima de interpretação jurídica e técnica de resolução de conflitos normativos amplamente aceita. Ele sugere que se uma matéria é regulada tanto por um padrão geral como por uma regra mais específica, então esta última deve ter precedência sobre a primeira. O relacionamento entre o padrão geral e a regra específica, contudo, pode ser concebido de duas formas. Uma delas é o caso onde a regra específica deve ser lida e entendida dentro dos limites ou contra o pano de fundo do padrão geral,

---

<sup>224</sup> COMISSÃO..., *op. cit.*, 2008, p. 140. Artigo 55. “These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.”

<sup>225</sup> Sobre o conceito, em geral: ZORZETTO, Silvia. The *Lex Specialis* Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 3, 2012. pp. 61-87.

<sup>226</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Organização das Nações Unidas (A/CN.4/L.682), 2006. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf). Acesso em agosto de 2016.

tipicamente como uma elaboração, atualização ou especificação técnica deste último. O ponto específico e o geral, portanto, na mesma direção.

Entretanto, por vezes a *lex specialis* é entendida mais estreitamente de modo a cobrir o caso onde duas previsões legais que são ambas válidas e aplicáveis, não se encontram em relacionamento hierárquico expresso, e preveem direções incompatíveis sobre como lidar com o mesmo conjunto de fatos. Neste caso, a *lex specialis* aparece como uma técnica de solução de conflitos. Ela sugere que em vez da regra (geral), deve-se aplicar a exceção (específica). Em ambos os casos, porém, a prioridade recai sobre a norma de caráter “especial”, isto é, a regra com um escopo de aplicação mais precisamente delimitado.<sup>227</sup>

Desnecessário dizer que a aplicação desta máxima não acontece de modo automático, irrefletido. Duas dificuldades se destacam nesse processo: primeiro, a de determinar exatamente o que é “geral” e o que é “específico” e a extensão exata do âmbito de incidência de cada um destes regimes e, depois, a inexistência de relacionamento claro entre o critério da *lex specialis* e outras máximas, tais como a *lex posterior*

---

<sup>227</sup> *Ibidem*, parágrafos 56-57. “The principle that special law derogates from general law is a widely accepted maxim of legal interpretation and technique for the resolution of normative conflicts. It suggests that if a matter is being regulated by a general standard as well as a more specific rule, then the latter should take precedence over the former. The relationship between the general standard and the specific rule may, however, be conceived in two ways. One is the case where the specific rule should be read and understood within the confines or against the background of the general standard, typically as an elaboration, updating or a technical specification of the latter. The specific and the general point, as it were, in the same direction. Sometimes *lex specialis* is, however, understood more narrowly to cover the case where two legal provisions that are both valid and applicable, are in no express hierarchical relationship, and provide incompatible direction on how to deal with the same set of facts. In such case, *lex specialis* appears as a conflict-solution technique. It suggests that instead of the (general) rule, one should apply the (specific) exception. In both cases, however, priority falls on the provision which is “special”, that is, the rule with a more precisely delimited scope of application.”

*derogat legi priori*<sup>228</sup>. Por isso é que toda decisão que der azo à efetivação deste princípio precisa tomar em consideração o contexto em que a situação ocorre<sup>229</sup>. Como a própria Comissão apontou na finalização do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados, o princípio de *lex specialis* é apenas uma entre as diversas formas possíveis de se determinar o direito aplicável em um conflito normativo<sup>230</sup>. De todo modo, permanece a ideia do artigo 55 de que as regras ali estipuladas possuem natureza residual.

Na utilização da *lex specialis*, ainda, a derrogação da norma geral pode ser parcial. O resultado será um regime misto, ora geral e ora especial, de responsabilidade, tudo a depender do alcance que a própria norma especial confere a si mesma. Sobre este tipo de aplicação do princípio, é instrutivo o comentário da Comissão ao Projeto de Artigos:

Dependerá da regra especial estabelecer em que medida as regras mais gerais da responsabilidade dos Estados delimitadas nos presentes artigos são afastadas por aquela regra. Em alguns casos, ficará claro na linguagem de um tratado ou de outro texto que somente as consequência ali especificadas devem ter lugar. Nessas ocasiões, a consequência será “determinada” pela regra especial e o princípio insculpido no artigo 55 será aplicado. Em outros casos, um aspecto do direito geral pode ser modificado, permanecendo os demais aplicáveis. Um exemplo da primeira situação é o Entendimento sobre Regras e Procedimentos da OMC que governa a Resolução de Controvérsias em relação a certos remédios. Um exemplo da segunda situação é o artigo 41 do

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, parágrafo 58.

<sup>229</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Conclusion of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Organização das Nações Unidas, 2006. “The relationship between the *lex specialis* maxim and other norms of interpretation or conflict solution cannot be determined in a general way. Which consideration should be predominant - i.e. whether it is the speciality or the time of emergence of the norm - should be decided contextually.”

<sup>230</sup> COMISSÃO..., *op. cit.*, 2008, p. 140.

A razão por detrás do princípio é a de que regras cujo conteúdo seja mais rico em detalhes e mais atento às especificidades da matéria em questão apresentam, por si só, maior grau de persuasão jurídica do que princípios gerais ou postulados obtusos. E a questão só vem à tona quando há um conflito de normas, um exercício que requiera interpretação. Na verdade, “a questão é essencialmente interpretativa”<sup>232</sup>. Por isso, o intérprete jamais pode se descuidar da observação das regras gerais de interpretação positivadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, particularmente nos artigos 31 a 33<sup>233</sup>. Com base nessas previsões, por exemplo, não se poderá aplicar a *lex specialis* se esta operação desconsiderar o contexto, o objetivo e a finalidade de um tratado.

---

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 140. “It will depend on the special rule to establish the extent to which the more general rules on State responsibility set out in the present articles are displaced by that rule. In some cases, it will be clear from the language of a treaty or other text that only the consequences specified are to flow. Where that is so, the consequence will be “determined” by the special rule and the principle embodied in article 55 will apply. In other cases, one aspect of the general law may be modified, leaving other aspects still applicable. An example of the former is the WTO Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes as it relates to certain remedies example of the latter is article 41 of Protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights”.

<sup>232</sup> *Ibidem*, “The question is essentially one of interpretation”.

<sup>233</sup> Especialmente o artigo 31: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.”

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.”

A construção desses conceitos é importante para as discussões contemporâneas sobre a interação entre as normas sobre uso da força e as normas gerais de responsabilidade. Saber em que medida aquele primeiro regime estabelece condições especiais para averiguação de responsabilidade dos Estados é uma questão que será objeto de análise em páginas posteriores. O substrato conceitual a ser utilizado na investigação encontra-se, até aqui, suficientemente delineando. Antes de partir para o próximo capítulo, julgo necessário, ainda, uma breve incursão no conceito de terrorismo, pois esta análise teórica, abstrata, resulta em inúmeras implicações concretas na assim designada *luta contra o terror*.

#### **2.2.4. Terrorismo, legalidade e excepcionalidade no direito internacional**

Há mais controvérsia que consenso sobre terrorismo<sup>234</sup> no direito internacional e muita incerteza na definição do conceito<sup>235</sup>. Questiona-se amplamente sua qualificação enquanto conceito jurídico<sup>236</sup>. A maneira

---

<sup>234</sup> Sobre a natureza política do conceito: HOFFMAN, Bruce. *Inside Terrorism*. Ed. Rev. e Expandida. New York: Columbia University Press, 2006. "Terrorism, in the most widely accepted contemporary usage of the term, is fundamentally and inherently political. It is also ineluctably about power: the pursuit of power, the acquisition of power, and the use of power to achieve political change. Terrorism is thus violence—or, equally important, the threat of violence—used and directed in pursuit of, or in service of, a political aim." (pp. 2-3); HARMON, Christopher. *Terrorism Today*. 2 ed. Série *Political Violence* (WILKINSON, Paul et RAPOPORT, David. [Orgs.]). London: Routledge, 2008. p. 7. "Terrorism is always political, even when it also evinces other motives, such as the religious, the economic, or the social. Terrorism is about power and political influence"; muito embora haja quem discorde: JENKINS, Brian Michael. *The Study of Terrorism: Definitional Problems*. The Rand Corporation, Santa Monica, California. Novembro de 1980.

<sup>235</sup> SOREL, Jean-Marc. Existe-t-il une définition universelle du terrorisme? In: CORTEN, Olivier et alii (Orgs.). *Le Droit International Face au Terrorisme*. Paris: Pédone, 2002. pp. 35-68. p. 58; CASSESE, Antonio. Terrorism as an International Crime. In: BIANCHI, Andrea (Org.). *Enforcing International Norms Against Terrorism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. pp. 213-225.

<sup>236</sup> HIGGINS, Rosalyn. The General International Law of Terrorism. In: HIGGINS, Rosalyn et FLORY, Maurice (Ed.). *Terrorism and International Law*. London: Routledge, 2003 (publicado pela primeira vez em 1997). p. 28, "‘Terrorism’ is a term without legal significance. It is merely a convenient way

pela qual os Estados devem tratar os “terroristas” também é fruto de muita discussão<sup>237</sup>. A título de organização do pensamento no propósito desta investigação, as múltiplas respostas (internas e internacionais) dos Estados ao terrorismo podem ser classificadas, genericamente, em dois grandes marcos: o da legalidade e o da excepcionalidade.

No primeiro grupo, estão os discursos, as normas e as medidas tomadas pelos Estados contra o terrorismo que se pautam por uma interpretação restritiva das normas jurídicas em vigor e, assim, rejeitam a criação de um regime de exceção a ser aplicado aos “terroristas”. No segundo, inserem-se os discursos, as normas e as medidas tomadas pelos Estados contra o terrorismo que consideram o direito existente inadequado ou insuficiente para lidar com o fenômeno do terrorismo. Nessa última vertente, a tendência é recorrer ao argumento da necessidade/urgência para invocar amplos poderes normativos ou para interpretar as normas jurídicas latamente, o que não raro dá azo a um regime de exceção<sup>238</sup>.

Ao definir o conceito de “estado de exceção”, Giorgio Agamben descreveu-o como uma “zona incerta”, uma “terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida”<sup>239</sup>. Quem se encontra nesse estado, não está nem dentro nem fora do ordenamento jurídico, mas habita um espaço onde dentro e fora se indeterminam. Carl Schmitt já havia explorado o complexo problema do *locus* jurídico do estado de exceção muito tempo antes: “o soberano está fora [*steht ausserhalb*] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [*gehört*] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade de suspensão *in totto* da constituição”<sup>240</sup>. Em Schmitt, é a categoria jurídica da decisão é que faz com que o soberano, mesmo de fora da ordem jurídica, pertença a ela, ao decidir sobre o caso decisivo – *i.e.*, o estado de exceção.

---

of alluding to activities, whether of States or of individuals, widely disapproved of and in which either the methods used are unlawful, or the targets protected, or both.”. Já em 1974, na verdade, Baxter questionava a utilidade jurídica do conceito: BAXTER, R.R. A skeptical look at the concept of terrorism. *Akron Law Review*, vol. 7, 1974. p. 380.

<sup>237</sup> MEISELS, Tamar. Combatants – Lawful and Unlawful. *Law and Philosophy*, vol. 26, 2007.

<sup>238</sup> DAL RI JR., Arno. Da Europa dos mercados à Europa das prisões quando terrorismo, xenofobia e paranoia tentam entrar no direito da União Europeia. *Revista Sequência*, n. 53, pp. 173-196, dez. 2006b.

<sup>239</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

<sup>240</sup> SCHMITT, Carl. *Political Theology*. Cambridge: MIT Press, 1985. p. 13.

Na perspectiva do jurista italiano, o estado de exceção, em termos concretos, seria a combinação da “extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempo de guerra” com a “suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais)”<sup>241</sup>. Nesse momento, o chefe do poder executivo invoca o poder de emitir atos com *força-de-lei*. A decisão do soberano, assim, adquire plena força normativa, mesmo não possuindo a forma necessária de uma lei<sup>242</sup>. Ali, “a norma que está em vigor não tem força e os atos que não são lei adquirem sua força. (...) O estado de exceção é [portanto] um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei”<sup>243</sup>. Essa cisão entre a norma e sua *vis obligandi* é, para Agamben, uma ficção, por meio da qual se busca incluir no direito a sua própria ausência, assegurando-lhe uma relação com o estado de exceção.

Investigar com profundidade a natureza jurídica do estado de exceção é correr o risco de se deparar com a “secreta solidariedade”<sup>244</sup> que estabelecem entre si o direito (*nomos*) e a anomia (*anomos*). Agamben, na tentativa de explorar essa misteriosa solidariedade entre ordem e caos, entre ordem e desordem, utiliza a ilustração das *festas anômicas* – carnavalescas –, cuja descrição dificilmente se colocará em melhores palavras:

(...) aquelas festas periódicas (...) caracterizadas por permissividade desenfreada e pela suspensão e quebra das hierarquias jurídicas e sociais. Durante essas festas, que são encontradas com características semelhantes em épocas e culturas distintas, os homens se fantasiam e se comportam como animais, os senhores servem os escravos, homens e mulheres trocam seus papéis e comportamentos delituosos são considerados lícitos ou, em todo caso, não passíveis de punição. Elas inauguram, portanto, um período de anomia

---

<sup>241</sup> AGAMBEN, *op. cit.*, 2004, p. 17.

<sup>242</sup> Para Schmitt, o que caracteriza a exceção é justamente a *autoridade ilimitada*, que significa a suspensão da totalidade da ordem jurídica. Nessa situação, fica claro que o Estado permanece, enquanto o direito recua. É diferente da anarquia e do caos, pois a ordem no sentido jurídico ainda permanece, ainda que não em sua forma normal. SCHMITT, *op. cit.*, 1985, p. 12.

<sup>243</sup> AGAMBEN, *op. cit.*, 2004, p. 61.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 109.

que interrompe e, temporariamente, subverte a ordem social. *Desde sempre, os estudiosos tiveram dificuldade para explicar essas repentinas explosões anômicas no interior de sociedades bem ordenadas e, principalmente, a tolerância das autoridades religiosas e civis em relação a elas.*<sup>245</sup>

De fato, não é simples explicar tais “explosões anômicas no interior de sociedades bem ordenadas”, nascidas do relacionamento de amor e ódio que nutrem entre si o direito e a anomia. Émile Durkheim estabeleceu a relação entre anomia e suicídio, a respeito da qual concluiu que o ser humano necessita de uma força regulativa de caráter moral a fim de que sua vida não caminhe no sentido da autodestruição: “[o] despertar da consciência interrompeu o estado de equilíbrio da existência dormente do animal; apenas a consciência, portanto, pode fornecer os meios para restabelecê-lo”<sup>246</sup>. Durkheim trouxe à superfície a tensão entre ordem e caos, norma e anomia, vida e morte, que acompanha a experiência humana e o convívio social.

Carl Schmitt também tratou da questão, embora não em termos sociológicos ou filosóficos, mas estritamente jurídicos. O exemplo que, na obra do autor, evidencia a permanente tensão entre direito e anomia (na comunidade internacional) pode ser encontrado na explicação jurídica que Schmitt dá às *amity lines*<sup>247</sup>, instituto do direito das gentes do *jus publicum europaeum* que teve lugar na época da disputa das terras americanas pelas potências europeias. As *amity lines* eram linhas geográficas traçadas no globo com base no princípio de que os tratados, a paz e a amizade, pertencentes ao direito internacional, referiam-se somente à Europa. Os tratados vigentes não eram válidos no Novo Mundo. Do outro lado da linha, tudo era permitido. Os navegantes franceses eram proibidos de atacar navios portugueses desse lado do trópico de Câncer, mas permitidos a fazê-lo para além da linha de amizade. Ali onde terminava o direito público europeu, também terminava a regulação e a limitação da guerra através do direito, e assim,

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 109. Sem destaque no original.

<sup>246</sup> DURKHEIM, Émile. *Suicide. A Study in Sociology*. New York: Routledge, 2005. p. 209. “A regulative force must play the same role for moral needs which the organism plays for physical needs. This means that the force can only be moral. The awakening of conscience interrupted the state of equilibrium of the animal’s dormant existence; only conscience, therefore, can furnish the means to re-establish it”.

<sup>247</sup> SCHMITT, *op. cit.*, 2014. p. 94.



*beyond the line*, a luta europeia pelo Novo Mundo se tornava desenfreada. O sentido jurídico dessa linha, segundo Schmitt, era *agonístico*. Ou seja, possuía o objetivo de desafogar o território da Europa do conflito intraeuropeu pelo domínio das novas terras<sup>248</sup>. Em verdade, criava-se um espaço no qual nenhum ato cometido poderia ser juridicamente apreciado. Tudo o que se fizesse além da linha estava fora do âmbito do *jus publicum europaeum*, ou melhor, do direito. Os espaços geográficos delimitados pelas *amity lines* no direito internacional eram, portanto, espaços de anomia. Não obstante, sua relação com o direito era juridicamente regulada e acertada em tratados entre as potências europeias. Com base nelas, o catolicíssimo rei da França ter-se-ia unido a “perigosos hereges, piratas selvagens, fibusteiros e bucaneiros contra o rei católico da Espanha”<sup>249</sup>, pois, para além da linha, esta atitude nada possuía de antijurídica, e tampouco de jurídica. Mais ainda, nada possuía de anticatólica! O espaço anômico criado pela topografia das *amity lines* era caracterizado por uma ampla indeterminação jurídica e moral.

As características desse conceito jurídico internacional remetem, imediatamente, à figura do estado de exceção, como um espaço de anomia e indeterminação cuja relação com o direito se intenta regular. Além disso, o fato constitui mais uma evidência da estranha relação que a norma cultiva com o não-direito, que a ordem cultiva com espaços predeterminados de anomia, cuja existência mesma parece ser o pressuposto dialético fundamental do direito. A situação excepcional, se é que ela é aquela que revela com mais clareza a essência de um conceito, parece demonstrar que o direito se funda, em última análise, sobre a sua relação com a anomia.

Em certo sentido, a questão remete ao conceito denominado pela escola crítica de “indeterminação estrutural” do direito internacional. Para além de uma vagueza relacionada ao significado concreto dos conceitos jurídicos internacionais, a ideia remete, em um nível mais filosófico, fundamental, ao fato de que, “mesmo onde não há qualquer ambivalência semântica, o direito internacional permanece indeterminado porque se baseia em premissas contraditórias e busca regular um futuro em relação ao qual mesmo as preferências de cada ator singular permanecem em aberto”<sup>250</sup>. Em outras palavras, “o direito

---

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>250</sup> KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 2005. p. 590. “[...] the claim of indeterminacy here is not at all that international legal words are semantically ambivalent. It is

internacional emerge de um processo político cujos participantes possuem prioridades contraditórias e raramente saber como essas prioridades devem ser transformadas em diretivas para lidar com um futuro incerto<sup>251</sup>. Nesse movimento, os Estados concordam, nos seus atos de produção normativa, em dar às regras exceções e recorrer a padrões e conceitos com amplas definições para serem utilizados na norma positivada, de modo a preservar o futuro, de certa maneira, em aberto.

Infelizmente, pouco se pode fazer aqui além de conjecturar a respeito. Frente ao enredamento de conceitos que permeia o fenômeno, somente em um estudo mais aprofundado seria possível investigar com calma as causas e os desdobramentos dessa relação. Se dermos mais um passo no aprofundamento destas questões, provavelmente perderemos o rumo do texto. Assim, é de se contentar, por ora, com esta mera indicação dos pressupostos teóricos e metodológicos que estão a guiar a pesquisa em sua empreitada crítica, os quais já foram desenvolvidos em parte nesta seção e, ao longo do texto, certamente voltarão a integrar a discussão, visto que são subjacentes à toda a análise aqui empreendida. Fez-se isto apenas para evidenciar a dimensão que adquire o conceito de *exceção*, sempre de mãos dadas com a *anomia*, no âmbito dos problemas que serão adiante discutidos.

Entretanto, para evitar o risco de não termos sido suficientemente claros, situaremos ainda estas elucubrações sobre legalidade e excepcionalidade no contexto da prática internacional.

No combate ao terrorismo, existe o que se chama de “paradigma tradicional”<sup>252</sup> de respostas. “Sob o paradigma tradicional, atos de terrorismo são tratados como comportamento criminal internacional em vez de atos de guerra”<sup>253</sup>. Conforme demonstramos na subseção anterior,

---

much stronger (and in a philosophical sense, more “fundamental”) and states that even where there is no semantic ambivalence whatsoever, international law remains indeterminate because it is based on contradictory premises and seeks to regulate a future in regard to which even single actors’ preferences remain unsettled.”

<sup>251</sup> *Ibidem*. “[...] international law emerges from a political process whose participants have contradictory priorities and rarely know with clarity how such priorities should be turned into directives to deal with an uncertain future.”

<sup>252</sup> MARKS, Stephen P. International Law and the ‘War on Terrorism’: Post 9/11 Responses by the United States and Asia Pacific Countries. *Asia Pacific Law Review*, vol. 14, n. 1, 2006. pp. 43-74.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 48. “Under the traditional paradigm, acts of terrorism are treated as international criminal behavior rather than acts of war.”

a grande maioria dos instrumentos internacionais a respeito do terrorismo adota esta abordagem: a de tratá-los sob a perspectiva do direito criminal, inserindo-os em um contexto de cooperação entre os Estados, de caráter policial e judicial. O que se deve deixar claro acerca deste paradigma é que ele é desenhado para ser aplicado a indivíduos, e não a Estados ou a grupos terroristas. O direito internacional criminal é aplicável a indivíduos<sup>254</sup> e, nesse caso, indivíduos acusados da prática de atos terroristas. O paradigma tradicional é este pois, *a priori*, os Estados não tem o direito de simplesmente abandonar a cooperação quando a considerarem uma medida pouco efetiva diante das circunstâncias:

Em certas circunstâncias, Estados podem considerar que tais procedimentos ‘cooperativos’ seriam fúteis ou ineficazes, por exemplo se um Estado cuja cooperação é necessária é suspeito de estar envolvido no cometimento ou acobertamento dos crimes em questão (como enfrentado pela CIJ em *Lockerbie*), ou quando a urgência da situação – devido por exemplo a um medo justificado de repetição – demanda uma ação mais rápida que a cooperação poderia obter. Os Estados não podem, contudo, simplesmente contornar o processo de cooperação e embarcar unilateralmente em uma ação coercitiva de ‘*enforcement*’ diretamente no território de outro Estado, sem descumprir obrigações jurídicas internacionais devidas ao outros Estado (presumindo-se que este não tenha consentido) e a indivíduos sob o direito internacional dos direitos humanos.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> “That international law imposes duties and liabilities on individuals as well as upon states has long been recognised ... crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”. Julgamento do Tribunal Internacional Militar, no *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*. Parte 22. Londres, 1950. p. 447.

<sup>255</sup> DUFFY, Helen. *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 116. “In certain circumstances, states may consider that such ‘cooperative’ procedures would be futile or ineffective, for example if a state whose cooperation is needed is believed to be involved in committing or concealing the crimes in question (as addressed by the ICJ in *Lockerbie*), or where the urgency of the situation – due

Após o 11 de setembro, os Estados Unidos da América expandiram significativamente medidas de *law enforcement* no combate ao terrorismo. Não há controvérsia a respeito do fato de que inúmeros crimes foram cometidos nos eventos daquele dia, tanto nacionais (homicídios em massa) como internacionais (crimes contra a humanidade)<sup>256</sup>. Haveria caminhos, portanto, para que os responsáveis fossem levados à justiça por meio do direito criminal, tanto nacional como internacionalmente. As medidas de cunho judicial foram amplamente utilizadas em âmbito nacional, mas, no contexto internacional, apesar de muito se ouvir falar em “guerra ao terror”, levar os responsáveis à “justiça” e em “pessoas suspeitas”, “houve um número surpreendentemente baixo de processos”<sup>257</sup>. Em todo caso, poucos dos responsáveis pelos ataques, e nenhum de seus maiores arquitetos, acabaram realmente condenados em processo judicial<sup>258</sup>.

Ora, todas as investigações e medidas relacionadas aos atos de terrorismo podem ser concluídas sem nenhuma afronta a direito sempre que o Estado em questão adota uma postura de respeito à legalidade estabelecida, tanto no direito internacional como no direito interno. Ao defender a legalidade em âmbito interno, o Estado se comprometerá a investigar e punir os culpados pelos atos terroristas, sem que seja necessário violar seus direitos humanos, por exemplo. Em âmbito internacional, o Estado acionará os mecanismos de cooperação policial e judicial que estão à sua disposição, em um relativamente farto arcabouço normativo ou, se considerar apropriado, pode solicitar ao Conselho de Segurança que tome medidas para reverter a situação – tudo isso sem que seja necessário violar a soberania de nenhum outro Estado. Assim, geralmente, as medidas de cooperação, de caráter policial e judicial, situam-se dentro do marco da legalidade, tanto interna quanto internacional, desde que o Estado não cometa excessos no exercício de tais competências.

---

for example to well founded fear of repetition – demands swifter action than the cooperation process would provide. States may not however simply circumvent the cooperation process and unilaterally embark on coercive ‘enforcement’ action directly on another state’s territory, without falling foul of international legal obligations owed to the other state (assuming it did not consent) and to individuals under human rights law.”

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 122.

O real problema tem início quando vinga no discurso político-jurídico dos Estados a linguagem bélica, permeada por frases de efeito como: “trata-se de um ato de guerra”; “estamos em guerra”; “fomos atacados pelo inimigo”; “tempos excepcionais exigem medidas excepcionais”<sup>259</sup>. Agamben mostrou, como ninguém, a estreita ligação que existe entre o vocabulário bélico e as medidas de exceção tomadas por um Estado em determinada matéria:

É na perspectiva dessa reivindicação dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do presidente Bush de referir-se constantemente a si mesmo, após o 11 de setembro de 2001, como o *Commander in chief of the army*. Se, como vimos, tal título implica uma referência imediata ao estado de exceção, Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência se torne a regra e que a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível.<sup>260</sup>

Tudo se dá, usualmente, com base no argumento da necessidade e da urgência<sup>261</sup>. Franklin Roosevelt também, quando invocou poderes excepcionais após a Grande Depressão, em 1933, alegou que tais medidas eram necessárias, pois o país precisava fazer guerra contra a crise econômica<sup>262</sup>. A metáfora bélica, assim, é elemento chave para a identificação de um discurso que se enquadra no marco da excepcionalidade, pois ela detém a força significativa necessária para conferir legitimidade a um discurso específico. Foi assim que, para

---

<sup>259</sup> DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus Inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

<sup>260</sup> AGAMBEN, *op. cit.*, 2007, p. 38.

<sup>261</sup> Agamben faz uma ampla reconstrução histórica do conceito jurídico de “necessidade” e demonstra que, enquanto no passado o termo agia como uma justificativa para uma transgressão normativa em um caso específico por meio de uma exceção, na modernidade a necessidade passou a ser não apenas um caso, mas um *estado*. AGAMBEN, *op. cit.*, 2004, pp. 43 e ss.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 36. “A partir do momento em que o poder soberano do presidente se fundava essencialmente na emergência ligada a um estado de guerra, a metáfora bélica tornou-se, no decorrer do século XX, parte integrante do vocabulário político presidencial sempre que se tratava de impor decisões consideradas de importância vital”.

Agamben, o estado de exceção tornou-se uma técnica de governo das democracias ocidentais<sup>263</sup>. Segundo o autor, “(...) conforme uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”<sup>264</sup>.

Diante desse contexto, quando, no direito internacional, um Estado opta por adotar um vocabulário bélico e, mais do que isso, uma verdadeira conduta bélica em resposta a atos de terrorismo, geralmente existe um processo de cooperação interestatal ou alguma instância ou lógica multilateral que sai malferida da situação. Agindo assim, o Estado abandona o paradigma tradicional e quase que inevitavelmente se posiciona dentro do marco da excepcionalidade – ou, mais especificamente, coloca-se fora do marco da estrita legalidade. Em regra, a construção de um discurso específico do terrorismo, no contexto ocidental, exerce um papel de legitimar a adoção de medidas excepcionais para fazer frente às situações de ataques terroristas, tanto no plano interno como no plano internacional<sup>265</sup>.

Existe, portanto, um movimento dialético, ou melhor, uma interação complexa entre legalidade e excepcionalidade. Os Estados, no combate ao terrorismo, ora apoiam-se em um marco, ora lançam mão de outro. Não há necessariamente uma coerência ou uma lógica. O que se pode dizer é que, para maximizar seu controle acerca da situação, um Estado geralmente aumenta as medidas excepcionais em âmbito interno (suspendendo direitos e garantias individuais em certas situações) e, em âmbito externo, abandona as instâncias multilaterais e os mecanismos de cooperação – nos quais normalmente fica-se, em certo grau, à mercê de

---

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>265</sup> KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 2011, p. 91. “The establishment of economic sanctions on Libya by the Security Council in 1992 as a result of Qaddafi’s unwillingness to extradite the suspects for the 1988 Lockerbie terrorist attack could clearly be seen as an application of power by the Western allies. However, this is more the starting point than the end of the analysis. It would be difficult to understand the action without further reference to the role ‘terrorism’ played and still plays in Western political discourse, enabling the taking of extraordinary means – in this case the non-application of a valid treaty (the 1971 montreal Convention against aerial terrorism) and the overrunning of the International Court of Justice. It is the normative construct of a specific ‘terrorism discourse’ that made possible the organisation and application of physical power against Libya.”

outro Estado – para argumentar a validade de soluções unilaterais, como o uso da força em legítima defesa, no qual não há a necessidade de depender de outro Estado ou da autorização específica de um órgão multilateral. Logo, nesses dois âmbitos, verificar-se-ia uma significativa expansão, juridicamente patológica de certo modo, das prerrogativas do chefe do poder executivo. Essa dinâmica expõe, por si, alguns dos dilemas ligados ao conceito de terrorismo no âmbito do direito internacional. O direito geralmente sofre no processo.





### 3. Decisões judiciais, precedentes e doutrina contemporânea

#### 3.1. Casos da Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça tem exercido importante – ainda que controverso – papel no desenvolvimento do direito internacional sobre o uso da força. Dificilmente se vê, no cenário contemporâneo, algum estudo relevante sobre esse ramo do direito internacional que não dialogue significativamente com a jurisprudência da Corte. Não obstante, embora diversos casos relacionados ao uso da força tenham surgido perante a instituição desde que foi criada<sup>266</sup>, em somente quatro deles houve análise de mérito pelo Tribunal<sup>267</sup>. Em outras duas opiniões consultivas, também, a matéria chegou a ser analisada<sup>268</sup>.

Afirma-se, de modo geral, que a Corte tem desenvolvido uma interpretação estrita acerca do uso da força, o que, para o direito à legítima defesa, significa a adoção de critérios relativamente rígidos para que o recurso à força possa ser considerado lícito no ordenamento jurídico internacional<sup>269</sup>. Certamente, os julgamentos e opiniões da Corte não são imunes à crítica. Entre outros fatores, destaca-se uma certa hesitação dos juízes no que diz respeito ao enfrentamento de questões jurídicas difíceis e politicamente sensíveis nesse domínio – daí o caráter controverso de seu papel. Mesmo assim, nascido na era da proibição ao uso da força, o Tribunal, na condição de órgão judicial da ONU<sup>270</sup>, desempenha função crucial na clarificação e consolidação normativa do paradigma de segurança coletiva estabelecido pela Carta das Nações Unidas.

---

<sup>266</sup> A título de ilustração, mencionam-se os dez casos de Legalidade do Uso da Força envolvendo países balcânicos, protocolados em 1999.

<sup>267</sup> Canal de Corfu (1949), Nicarágua (1986), Plataformas de Petróleo (2003) e Atividades Armadas no Território do Congo (2005).

<sup>268</sup> Legalidade da Ameaça do Uso de Armas Nucleares (1996) e Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (2004).

<sup>269</sup> Sobre o tema: GRAY, Christine. The ICJ and the Use of Force. In: TAMS *et* SLOAM (Org.). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013; GREEN, *op. cit.*, 2009.

<sup>270</sup> Artigo 92 da Carta das Nações Unidas. “A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas [...]”.

No amplo *case-law* da Corte, entretanto, há apenas três casos nos quais tratou-se de modo específico e direto do problema jurídico explorado nesta pesquisa (o uso da força *contra entidades não estatais*), quais sejam: “Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua” (1986), “Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado” (2004) e “Atividades Armadas no Território do Congo” (2005). Neles, os argumentos invocados pelas partes, as discussões travadas e as conclusões do Tribunal apresentam-se convergentes na direção de desdobrar critérios, pressupostos e consequências do uso de força militar contra grupos armados não estatais, e, sobretudo, da invocação do direito à legítima defesa nesse quadro. Essa discussão específica é inexistente nos demais precedentes relacionados ao uso da força, pois todos eles situam-se em domínio interestatal.

Nos precedentes acima, a Corte enfrenta a questão de se, e, em caso afirmativo, de que modo, o direito do uso da força é aplicável a um conflito que envolva um Estado, de um lado, e uma entidade não estatal, de outro, em situação que contenha o uso indireto de força militar por um Estado, o qual se vale, para tanto, de um grupo armado irregular. Igualmente, discute-se a possibilidade de um “ataque armado”, no sentido do artigo 51 da Carta, ser praticado por uma entidade não estatal. Pergunta-se, ainda, sobre qual a conexão que deve existir entre um grupo armado e o Estado que o abriga para que um terceiro Estado possa invocar a legítima defesa em resposta a um ataque praticado por esse grupo, bem como sobre o papel, nessa discussão, do conceito de atribuição de conduta. Em suma, os casos lidam com questões cruciais para esta dissertação.

Por esse motivo, esta subseção da pesquisa se concentrará, enquanto esforço de examinar a jurisprudência como “meio auxiliar para a determinação das regras de direito”<sup>271</sup>, na discussão dos três precedentes acima mencionados. Em todos eles, far-se-á, de início, uma breve contextualização fática para, então, introduzir e confrontar argumentos das partes e decisões tomadas pela Corte no âmbito da respectiva disputa. Pretende-se, com isso, elucidar as principais linhas do entendimento da Corte sobre o problema de pesquisa proposto, identificando e explorando, no caminho, pontos fortes e inconsistências presentes nos julgamentos analisados, para que sirvam como base de enquadramento do precedente sírio no *framework* do direito internacional contemporâneo.

---

<sup>271</sup> Artigo 38(5) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

### 3.1.1. Nicarágua vs. Estados Unidos da América (1986)

Anastasio Somoza García era, em 1936, o chefe da robusta Guarda Nacional da Nicarágua. Naquele ano, por meio de um *coup d'état*, ele e seus dois filhos passariam governar o país, formando uma longa dinastia que não acabaria antes de 1979: a “Dinastia Somoza”. Sua subida ao poder, na década de trinta, somente fora possível porque havia ordenado o assassinato de Augusto César Sandino, tenaz opositor do governo americano e responsável pela saída dos *U.S. Marines* do país em 1933. Os grandes aliados de Somoza durante toda a sua permanência no governo seriam sua Guarda Nacional, a elite econômica agroexportadora do país e, não menos importante, os Estados Unidos da América<sup>272</sup>.

Porém, o crescente descontentamento com o governo somocista, impulsionado pela corrupção e pela brutalidade a ele atribuídas e pelo aumento da desigualdade social no país, chegaria a um ponto de inflexão na década de 1970. O sentimento revolucionário e revanchista dos herdeiros políticos e intelectuais de Sandino conduziriam ao início da gestação de um contragolpe que, em 1979, culminaria no fim da Dinastia Somoza. Tudo seria operacionalizado por meio da Frente Sandinista de Libertação Nacional (FSLN)<sup>273</sup>, com apoio de setores progressivos da Igreja, adeptos da teologia da libertação<sup>274</sup>.

O braço armado da revolução sandinista pôs as mãos no poder em 1979 e, a partir de então, passaria a representar, por sua própria natureza, uma ameaça aos interesses da elite econômica do país e aos

---

<sup>272</sup> STATEN, Clifford L. *The History of Nicaragua*. Oxford: Greenwood, 2010. pp. 43-62; BARACCO, Luciano. *Nicaragua: The Imagining of a Nation. From Nineteenth-Century Liberals to Twentieth-Century Sandinistas*. New York: Agora Publishing, 2005. pp. 52-57.

<sup>273</sup> STATEN, *op. cit.*, 2010, p. 67. “The FSLN traces its roots to the student generations of 1944 and 1959. Three of the founding members were Tomás Borge, a member of the Generation of 1944, and Fonseca and Silvio Mayorga, both members of the Generation of 1959. The forerunners of the FSLN were primarily short-lived student groups in the late 1950s and early 1960s who were inspired by the Cuban Revolution.”

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 76. “In the late 1960s and early 1970s, liberation theology laity and clergy from different Catholic Orders such as the Jesuits, Maryknolls, Capuchins, and Trappists began to organize Christian Base Communities (CEBs) in the rural areas. CEBs focused on not only on spiritual growth but also social organization and political action.”

desígnios geopolíticos estadunidenses na região. “No primeiro aniversário da revolução, muitos da elite econômica já haviam fugido para os Estados Unidos. O presidente Ronald Reagan e o diretor da Agência Central de Inteligência (CIA) William Casey organizaram esses grupos e ex-membros da Guarda Nacional em uma força de oposição, os *contras*”<sup>275</sup>. Essas forças, criadas e preparadas em solo americano, iniciariam uma luta armada contra os sandinistas, gerando inúmeras turbulências no contexto político, humanitário e econômico da Nicarágua.

Nesse ambiente, em 1984, a Nicarágua recorreria à Corte Internacional de Justiça para processar<sup>276</sup> os Estados Unidos da América por uma série de supostas violações a normas de direito internacional conectadas ao apoio aos *contras*, especialmente por suas atividades militares e paramilitares no e contra o país caribenho. A pretensão do governo nicaraguense perante a Corte Internacional de Justiça, à época, foi, em termos gerais, assim fundamentada:

Os Estados Unidos da América está usando força militar contra a Nicarágua e intervindo nos assuntos internos da Nicarágua, em violação à soberania, à integridade territorial e à independência política da Nicarágua e a princípios universalmente aceitos de direito internacional. Os Estados Unidos criaram um “exército” de mais de 10.000 mercenários – muitos dos quais serviram o antigo ditador Anastasio Somoza Debayle –, instalaram-nos em mais de dez acampamentos base em Honduras, ao longo da fronteira com a Nicarágua, treinaram-nos, pagaram-nos, forneceram-lhes armas, munição, alimentos e medicamentos, e dirigiram seus ataques contra alvos econômicos e humanos dentro da Nicarágua. Os Estados Unidos já gastaram

---

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 91. “By the first anniversary of the revolution many of the economic elites had already fled to the United States. President Ronald Reagan and Central Intelligence Agency (CIA) Director William Casey organized these self-exiled groups and former National Guardsmen into an opposition force, the *contras*.”

<sup>276</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. Aplicação que instituiu os procedimentos. 9 de abril de 1984.

reconhecidamente mais de U\$70.000.000,00 nessas atividades ilegais desde dezembro de 1981.<sup>277</sup>

Esse foi o primeiro caso expressamente relacionado à proibição do uso da força na comunidade internacional levado ao principal órgão judicial das Nações Unidas<sup>278</sup>. E, curiosamente, tratava-se de situação de uso indireto da força por um Estado, uma vez que não dizia respeito não apenas a violações cometidas por forças regulares norte-americanas, mas, sobretudo, às violações resultantes do apoio estadunidense a forças irregulares e a medida de responsabilidade dos Estados Unidos da América nos atos cometidos pelos *contras*. O fundamento jurídico central do procedimento instaurado era o artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta das Nações Unidas<sup>279</sup>. Além desse e de outros dispositivos convencionais, a demanda também buscou esteio nas normas de direito costumeiro que protegem a soberania e proíbem o recurso à força na comunidade internacional. O argumento da Nicarágua<sup>280</sup> a respeito do uso indireto da força assim rezava:

---

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 2. “The United States of America is using military force against Nicaragua and intervening in Nicaragua's internal affairs, in violation of Nicaragua's sovereignty, territorial integrity and political independence and of the most fundamental and universally accepted principles of international law. The United States has created an "army" of more than 10,000 mercenaries - many of whom served the former dictator Anastasio Somoza Debayle - installed them in more than ten base camps in Honduras along the border with Nicaragua, trained them, paid them, supplied them with arms, ammunition, food and medical supplies, and directed their attacks against human and economic targets inside Nicaragua. The United States has acknowledged spending more than \$70,000,000 on these illegal activities since December 1981”.

<sup>278</sup> Anteriormente, a Corte já havia julgado questões sobre uso da força no caso do Canal de Corfu (1949), instaurado pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte em face da Albânia, mas a análise ocorrera de modo implícito, não havendo menção expressa ao artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas. Vide: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Canal de Corfu (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte vs. Albânia)*. Julgamento de 9 de abril de 1949.

<sup>279</sup> CORTE..., *op. cit.*, 1984, p. 6. Além desse dispositivo, a Nicarágua indicou violação dos artigos 18 e 20 da Carta da Organização dos Estados Americanos

<sup>280</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. Memoriais da Nicarágua (Mérito). 30 de abril de 1985. p. 65. “[...] there is now a substantially unanimous modern view concerning indirect use of force through armed groups of mercenaries or irregulars. Whatever legal doubts

[...] existe, hoje, uma visão moderna substancialmente unânime a respeito do uso indireto da força por meio de grupos armados de mercenários ou irregulares. Quaisquer dúvidas jurídicas que pudessem ter existido antes da Segunda Guerra Mundial foram afastadas pelos eventos do período pós-guerra. Se a proibição do uso da força no Artigo 2(4) devesse possuir algum significado, ela teria de cobrir esse novo e perigoso modo de atividade militar por mercenários ou irregulares armados.

Por razões de limites de jurisdição sobre contendas envolvendo os Estados Unidos da América, a Corte confinou seu julgamento às violações do direito internacional costumeiro. Por isso, fez-se necessário determinar o conteúdo das normas consuetudinárias sobre uso da força aplicáveis à disputa em questão. Nesse contexto, a Corte iniciou afirmando que existe uma distinção, no direito internacional, entre “as formas mais graves de uso da força (aquelas que constituem um ataque armado)” e “outras formas menos graves”<sup>281</sup>. Na prática, ao sentir da Corte, essas formas menos sérias correspondem àquelas diretrizes presentes na Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral (Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional aplicáveis às Relações Amistosas e de Cooperação entre Estados)<sup>282</sup>. E ambas as formas de uso da força, graves ou menos graves, encontram-se inequivocamente proibidas, segundo a Corte, pelo costume internacional. Contudo, sua violação produz consequências distintas.

Ainda no âmbito do direito internacional costumeiro, a Corte reconheceu a existência de exceções a essa proibição geral. Entre elas, o direito à legítima defesa, em sua forma individual e coletiva. Ao

---

may have existed prior to the Second World War were dispelled by the events of the postwar period. If the prohibition on the use of force in Article 2 (4) was to have any meaning, it would have to cover this new and dangerous mode of military activity by armed mercenaries and irregulars.”

<sup>281</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. Julgamento de 27 de junho de 1986 (Mérito). Parágrafo 191. “As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms.”

<sup>282</sup> Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>. Acesso em setembro de 2016.

tratarem, em abstrato, das características que governam esse direito, os juízes assentaram que, para sua invocação, é preciso que o Estado em questão tenha sido vítima de um ataque armado – i.e., de uma *grave* violação à proibição do uso da força. O problema crucial que logo se punha, porém, era definir precisamente o sentido da expressão *ataque armado*, e especialmente nas situações que se alastram para além dos domínios estatais, envolvendo a ação de grupos armados ou mercenários. Neste particular, a Corte observou o seguinte:

[...] um ataque armado deve ser entendido como incluindo não apenas ação por forças armadas regulares através de uma fronteira internacional, mas também “o envio por ou em nome de um Estado de bandos armados, grupos, irregulares ou mercenários, que praticam atos de força armada contra outro Estado de gravidade tal a ponto de serem equiparados” (inter alia) a um verdadeiro ataque armado conduzido por forças regulares, “ou seu envolvimento substancial na empreitada”. Essa descrição, contida no Artigo 3, parágrafo (g), da Definição de Agressão anexa à Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral, pode ser tomada como um reflexo do direito internacional costumeiro. A Corte não vê razão para negar que, no direito costumeiro, a proibição de ataques armados pode ser aplicada ao envio por um Estado de grupos armados ao território de outro Estado, se tal operação, por causa de sua escala e de seus efeitos, teria sido classificada como um ataque armado em vez de um mero incidente fronteiro se tivesse sido conduzida por forças armadas regulares. Mas a Corte não acredita que o conceito de “ataque armado” inclua não apenas atos por grupos armados quando tais atos ocorram em uma escala significativa mas também assistência a rebeldes na forma de fornecimento de armas ou suporte logístico ou outro tipo de suporte. Tal assistência pode ser considerada uma ameaça ou uso da força, ou configurar uma intervenção nos assuntos internos ou externos de outros Estados.<sup>283</sup>

---

<sup>283</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da*

Assim, para a Corte, era claramente possível que o uso indireto da força por um Estado, por meio de grupos armados não estatais, fosse classificado como um ataque armado – um uso *grave* da força – no direito internacional. Não obstante, isso somente seria verificado se a referida operação, “por causa de sua escala e de seus efeitos”, fosse considerada um ataque armado se tivesse sido levada a cabo por forças regulares. Os atos praticados pelo grupo armado enviado pelo Estado, portanto, deveriam ser de “escala significante”, de modo que o mero apoio logístico, o fornecimento de armas, ou qualquer “outro suporte” do Estado ao grupo, por si só, não seria capaz de configurar um ataque armado no direito internacional – na medida em que constituiria uma forma *menos grave* de violação à proibição do recurso à força.

Mas, ainda assim, nem todo apoio oferecido pelos Estados Unidos da América aos *contras* se traduziu, para a Corte, em afronta ao princípio do não-uso da força. Somente aqueles que podiam resultar, de fato, em ameaça ou uso da força violariam a referida norma. A remessa de dinheiro a um grupo armado, por exemplo, pode significar uma intervenção indevida nos assuntos de outro Estado, mas não seria, por si só, uma transgressão à proibição do recurso à força. Sobre isso, leia-se o parágrafo 228 do julgamento:

---

*América*). Julgamento de 27 de junho de 1986 (Mérito). Parágrafo 195. “(...) an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to" (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, "or its substantial involvement therein". This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law. The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the Court does not believe that the concept of "armed attack" includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States.”



Em relação ao argumento de que as atividades dos Estados Unidos em relação aos *contras* constituem uma violação do princípio do direito internacional costumeiro do não-uso da força, a Corte conclui que [...] os Estados Unidos cometeram uma violação *prima facie* deste princípio por sua assistência aos *contras* na Nicarágua, ao “organizar ou encorajar a organização de forças irregulares ou grupos armados ... para incursão no território de outro Estado”, e “participar em atos de guerra civil ... em outro Estado”, nos termos da Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral. De acordo com essa Resolução, a participação dessa espécie é contrária ao princípio da proibição do uso da força quando os atos de guerra civil referidos “envolvem uma ameaça ou uso da força”. Na visão da Corte, enquanto o armamento e o treinamento dos *contras* pode ser certamente considerado como envolvendo a ameaça ou o uso da força contra a Nicarágua, isso não é necessariamente verdade em relação a toda a assistência dada pelo governo dos Estados Unidos. Em particular, a Corte considera que o mero suprimento de fundos aos *contras*, enquanto indubitavelmente um ato de intervenção nos assuntos internos da Nicarágua, [...] não configura, em si, um uso da força.<sup>284</sup>

---

<sup>284</sup> *Ibidem*, parágrafo 228. “As to the claim that United States activities in relation to the contras constitute a breach of the customary international law principle of the non-use of force. the Court finds that, subject to the question whether the action of the United States might be justified as an exercise of the right of self-defence, the United States has committed a *prima facie* violation of that principle by its assistance to the contras in Nicaragua. by "organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands. . . for incursion into the territory of another State". and "participating in acts of civil strife . . . in another State", in the terms of General Assembly resolution 2625 (XXV). According to that resolution, participation of this kind is contrary to the principle of the prohibition of the use of force when the acts of civil strife referred to "involve a threat or use of force". In the view of the Court, while the arming and training of the contras can certainly be said to involve the threat or use of force against Nicaragua, this is not necessarily so in respect of all the assistance given by the United States Government. In particular, the Court considers that the mere supply of funds to the contras, while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua, as will be explained below, does not in itself amount to a use of force.”

Tenha-se em mente que, em seus votos dissidentes, os juízes Schwebel (americano) e Jennings divergiram profundamente da conclusão da Corte na relação entre o apoio logístico de um Estado a um grupo armado e a caracterização dessa atitude como um ataque armado. A compreensão destes partia de uma abordagem mais ampla: fornecimento de armas e apoio logístico pode, sim, ser considerado um ataque armado. Por essa razão, o posicionamento do Tribunal, para Jennings, “não parece nem realista, nem justo, em um mundo onde lutas de poder são levadas a efeito por meio de desestabilização, interferência em guerra civil, conforto, ajuda e encorajamento a rebeldes, e coisas dessa espécie [...]”<sup>285</sup>.

De especial interesse para esta pesquisa, ainda, é a defesa apresentada pelos Estados Unidos da América<sup>286</sup> à acusação nicaraguense, na fase de discussão sobre os aspectos jurisdicionais da demanda. A manifestação norte-americana estribou-se na invocação do artigo 51 da Carta das Nações Unidas, ou seja, no argumento da legítima defesa, em sua forma coletiva, em auxílio a El Salvador, Honduras e Costa Rica, alegadamente vítimas de ataques armados por parte da Nicarágua. A defesa é relevante pois, ao rejeitá-la por uma série de motivos, a Corte partiu do entendimento de que, para que o direito à legítima defesa exista no direito internacional, é necessária a demonstração de um ataque armado tenha ocorrido contra o Estado que invoca aquele direito e, implicitamente, ficou entendido que tal ataque deve ser imputado a um Estado. Ao afastarem as alegações norte-americanas, os juízes afirmaram:

[...] para que fosse possível justificar a invocação do direito à legítima defesa coletiva no direito costumeiro internacional, [a situação] teria de ser igualada a um ataque armado da Nicarágua em El Salvador. [...] a Corte não pode considerar que, no direito internacional costumeiro, o fornecimento

---

<sup>285</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. *Dissenting opinion of Judge Sir Robert Jennings*. p. 533.

<sup>286</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. *Contra-memorial dos Estados Unidos da América (Jurisdição)*. 17 de agosto de 1984.

de armas à oposição em outro Estado constitua um ataque armado contra esse Estado.<sup>287</sup>

O mesmo fundamento foi utilizado em relação a Honduras e à Costa Rica<sup>288</sup>. O fornecimento de armas a grupos de oposição a um governo estrangeiro não pode ser considerado um ataque armado por parte do Estado que as fornece. Inexistindo ataque armado por parte da Nicarágua contra seus países vizinhos, os usos da força por parte dos Estados Unidos no país caribenho, diretamente ou por meio dos *contras*, significaram apenas violação à proibição consuetudinária do recurso à força armada<sup>289</sup>. O principal fundamento para rejeitar a legítima defesa foi que, na verdade, as incursões nos países vizinhos [fornecimento de armas] não eram graves o suficiente para configurar um ataque armado. Ou seja, a discussão centrou-se mais na gravidade dos atos do que quem os teria praticado. Não se pode concluir, com certeza, portanto, que a Corte disse que o ataque armado deveria partir, necessariamente, e somente, de um Estado (ou de grupos armados estritamente controlados por esse Estado), e não de grupos não estatais independentes. Permaneceu aberta a questão que, no futuro, voltaria à Corte da Haia.

Em suma, algumas conclusões firmadas neste caso auxiliam o propósito dessa pesquisa em esclarecer o uso da força contra entidades não estatais, quais sejam: (a) a de que é necessário fazer distinção entre usos *mais graves* da força (que configuram ataque armado) e usos *menos graves*, pois possuem consequências distintas no direito internacional; (b) de que o envio, por parte de um Estado, de grupos armados, a outro Estado, ou seu envolvimento substancial nessa atividade, pode ser considerado um ataque armado, desde que “sua escala e seus efeitos” sejam suficientemente graves; (c) de que o apoio de um Estado a grupos armados nem sempre significa uma violação à proibição do uso da força, mas somente quando tal apoio resulte, de fato, em ameaça ou uso da força, podendo resultar em mera intervenção

---

<sup>287</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América)*. Julgamento de 27 de junho de 1986 (Mérito). Parágrafo 230. “[...] to justify invocation of the right of collective self-defence in customary international law, it would have to be equated with an armed attack by Nicaragua on El Salvador. As stated above, the Court is unable to consider that, in customary international law, the provision of arms to the opposition in another State constitutes an armed attack on that State”.

<sup>288</sup> *Ibidem*, parágrafo 231.

<sup>289</sup> *Ibidem*, parágrafo 238.

ilícita; (d) implicitamente, de que o exercício do direito à legítima defesa por um Estado pressupõe a existência de um ataque armado atribuível a outro Estado.

### 3.1.2. A Construção de um Muro na Palestina (2004)

Quando Israel iniciou a construção de um grande muro<sup>290</sup> nas áreas de fronteira de seu território com o Território Palestino Ocupado (TPO), a Assembleia Geral das Nações Unidas requisitou à Corte Internacional de Justiça um parecer consultivo sobre as consequências dessa empreitada aos olhos do direito internacional. A decisão de levar adiante a construção da barreira fora tomada pelo governo israelense em abril de 2002<sup>291</sup> e, em dezembro do mesmo ano, a Corte da Haia foi acionada. Tratava-se de escrever mais uma página na longa e complexa trama<sup>292</sup> que até hoje une, de forma triste, israelenses e palestinos sob uma história em comum.

A primeira metade do ano de 2002 havia testemunhado uma onda sem precedentes de atentados suicidas em território israelense. O momento era politicamente favorável a medidas mais duras por parte de Israel, que certamente encontrariam menos rejeição por parte da

---

<sup>290</sup> Formado pelos seguintes componentes principais: uma cerca com sensores eletrônicos designados a alertar os militares de Israel acerca de tentativas de infiltração; uma vala (de até 4 metros de profundidade); uma estrada de asfalto de duas pistas para patrulha; uma estrada de vestígios (uma faixa de areia suavizada para detectar pegadas) paralela à cerca; uma pilha de seis bobinas de arame farpado marcando o perímetro do complexo. Dados retirados do relatório apresentado pelo Secretário-Geral da ONU à Assembleia Geral: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/13*. 24 de novembro de 2003. Doc. A/ES-10/248.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

<sup>292</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Question of Palestine and the United Nations*. New York: United Nations, 2008. “No issue has engaged the attention of the international community over the past half century or more as much as what is known as the ‘Question of Palestine’”. KARSH, Efraim. *The Arab-Israeli Conflict*. Oxford: Osprey Publishing, 2002. Diversos recursos acerca do conflito encontram-se disponíveis no banco de dados da Organização das Nações Unidas sobre a Questão da Palestina, mantido e atualizado pela Divisão para os Direitos Palestinos do Departamento de Assuntos Políticos da Organização, cujo site é: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/udc.htm>. Acesso em setembro de 2016.

comunidade internacional do que em outros tempos. Mas o que era para ser apenas uma provisória “cerca de segurança” (*security fence*) contra atentados palestinos transformou-se rapidamente em um muro com ares definitivos e cuja rota geraria uma série de controvérsias, aprofundando a discórdia entre israelenses e palestinos sobre os territórios disputados na fronteira entre Israel e a Cisjordânia<sup>293</sup>.

À medida que a parede era erguida, viu-se que a maior parte da construção situava-se, na verdade, no interior de territórios palestinos ocupados<sup>294</sup>, trazendo à tona inquietações sobre possível propósito de anexação territorial por parte de Israel. Afinal, o país idealizador e construtor do projeto era o mesmo que vinha executando uma política sistematizada de assentamentos judaicos junto à Cisjordânia que adquiriam traços de colonização (transferência populacional) e anexação ilegal de territórios militarmente ocupados<sup>295</sup>. A atitude de Israel vinha colocando em uma posição insustentável não somente a população palestina da região, e a situação humanitária e de direitos humanos a ela relacionada, mas sobretudo a solução política favorável à criação de dois Estados na Palestina (*two-State solution*), desenhada e encampada oficialmente pela ONU<sup>296</sup> desde o início das tensões do período pós-

---

<sup>293</sup> DOLPHIN, Ray. *The West Bank Wall. Unmaking Palestine*. London: Pluto Press, 2006.

<sup>294</sup> ORGANIZAÇÃO..., *op. cit.*, 2003, p. 3. “On 14 August 2002, the Cabinet approved the final route for Phase A construction, which ultimately included 123 kilometres in the northern West Bank and 19.5 kilometres around Jerusalem, almost entirely on land occupied by Israel in 1967.”

<sup>295</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Israeli settlements under international law* (Annex I). Office for the Coordination of Humanitarian Affairs – occupied Palestinian territory, 2007. Disponível em: [https://www.ochaopt.org/documents/thehumanitarianimpactofisraeliinfractu\\_rethewestbank\\_annexes\\_old.pdf](https://www.ochaopt.org/documents/thehumanitarianimpactofisraeliinfractu_rethewestbank_annexes_old.pdf). Acesso em setembro de 2016.

<sup>296</sup> Em especial, ver as seguintes resoluções: Resolução 181 (II) da Assembleia Geral (1947), referente ao plano de partição original da Palestina aprovado pela ONU; Resolução 194 (III) da Assembleia Geral (1948), voltada ao direito de retorno dos refugiados palestinos; Resolução 237 (1967) do Conselho de Segurança, sobre o início da ocupação israelense nos territórios árabes; Resolução 242 (1967) do Conselho de Segurança, relacionada à retirada das tropas israelenses dos territórios ocupados e ao respeito às fronteiras de todos os Estados da região; Resoluções 338 e 339 (1973) do Conselho de Segurança, sobre o cessar-fogo entre Israel, Egito e Síria; Resolução 2535 (XXIV) da Assembleia Geral (1969), mencionando os direitos inalienáveis do povo palestino refugiado; Resoluções 607 e 608 (1988), e 636 e 641 (1989), do Conselho de Segurança; Resolução 1322 (2000) do Conselho de Segurança.

guerra, e indissociavelmente ligada ao princípio da autodeterminação dos povos.

Nesse cenário, a Assembleia Geral decidiu formular uma consulta à Corte, elaborada nos seguintes termos:

Quais são as consequências jurídicas advindas da construção do muro que está sendo erguido por Israel, a Potência Ocupante, no Território Palestino Ocupado, incluindo o interior e os arredores de Jerusalém Oriental, tal como descrito no relatório do Secretário-Geral, considerando-se as regras e os princípios do direito internacional, incluindo a Quarta Convenção de Genebra de 1949, e as resoluções relevantes do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral?<sup>297</sup>

Diversos Estados e organismos internacionais submeteram manifestações, por escrito, no curso dos procedimentos perante a Corte, incluindo Israel e Palestina<sup>298</sup>. De parte dos conselheiros da Palestina, a situação foi posicionada no contexto mais amplo de uma tentativa, por parte das autoridades israelenses, de alterar o *status* jurídico do território palestino ocupado por meio de uma série de práticas, entre as quais se encontravam a construção do muro, apropriações de terra, demolições de casas e a condução de uma política sistemática de assentamentos judaicos. A partir daí, inúmeras violações do direito internacional foram apontadas como consequências que fluíam diretamente da construção da

---

<sup>297</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Parecer Consultivo sobre “As Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado”*. Resumo do Parecer Consultivo de 9 de julho de 2004. Tradução de Taciano S. Zimmermann. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/08/Consequ%C3%82ncias-Juri%C3%81dicas-da-Construc%C3%A7%C3%A3o-de-um-Muro-no-Territ%C3%81rio-Palestino-Ocupado.pdf>. Acesso em setembro de 2016. No original: “What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”

<sup>298</sup> Arábia Saudita, Liga Árabe, Egito, Camarões, Rússia, Austrália, Palestina, Secretariado-Geral da ONU, Jordânia, Kuwait, Líbano, Canadá, Síria, Suíça, Israel, Holanda, União Europeia, Estados Unidos, entre outros.

barreira, tais como a afronta a princípios básicos do direito internacional humanitário positivado nas Convenções de Genebra de 1949, ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito à autodeterminação dos povos. Fez-se menção, ainda, à questão de que a medida não poderia ser justificada pelo direito à legítima defesa<sup>299</sup>.

Em relação a este último argumento, de especial interesse para a nossa pesquisa, a Palestina defendeu que nenhum dos requisitos exigidos para o exercício do direito à legítima defesa revelava-se preenchido no caso. De modo específico, enfatizou que “[a] violência no Território Palestino Ocupado não é de uma escala cuja natureza seja equivalente a um ‘ataque armado’ contra Israel no sentido exigido para o exercício da legítima defesa”<sup>300</sup> e, mais, que “a legítima defesa no direito internacional não pode ser desencadeada por atos individuais criminais que demandam polícia e ação judicial, e não ação militar”<sup>301</sup>. Estava presente a tensão, portanto, entre resposta militar e policial a ataques perpetrados por grupos não estatais ou indivíduos. Adicione-se a essas razões, ainda, o desrespeito aos critérios de necessidade e proporcionalidade, bem como o caráter preventivo e as consequências permanentes<sup>302</sup> das medidas tomadas pelas autoridades israelenses, que não se coadunam com a natureza do direito à legítima defesa, essencialmente responsiva e temporária.

---

<sup>299</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Written Statement submitted by Palestine*. 29 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1555.pdf>. Acesso em setembro de 2016. pp. 155-268. Contando com os documentos anexados à manifestação, a peça soma quase mil páginas.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 233. “The violence in the Occupied Palestinian Territory is not on a scale or of a nature equivalent to an ‘armed attack’ against Israel in the sense required for the exercise of a right of self-defence”.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 233. “Self-defence in international law cannot be triggered by individual criminal acts which call for police and prosecutorial action, and not military action.”

<sup>302</sup> O caráter permanente do muro, teoricamente incompatível com a legítima defesa, foi levantado pela Palestina nas sustentações orais: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. CR 2004/2. Public sitting held on 23 February 2004, at the Peace Palace. p. 29. “It is established international law that the right to self-defence is a temporary right. In the present case however, the permanent structure of the separation Wall suggests the opposite.”

Israel, a seu turno, avançou seus argumentos sob o contexto de uma “contínua ameaça terrorista das mais graves proporções”<sup>303</sup>, originada no território palestino ocupado, e da qual sua população estaria sendo vítima. O país considerou que qualquer ação por parte da Corte na demanda consultiva proposta, a qual não fazia menção à existência daquela ameaça terrorista, representaria manifesto desequilíbrio – parcialidade – por parte do órgão. Toda a defesa apresentada por Israel, portanto, concentrou-se na objeção à jurisdição da Corte para conhecer da questão que lhe havia sido posta. Não houve, ali, análise do mérito da pergunta formulada. Porém, o Anexo I do Relatório apresentado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas mencionava que, de acordo com Israel, a construção do muro seria “consistente com o Artigo 51 da Carta das Nações Unidas, [com] seu direito inerente à legítima defesa e [com] as Resoluções 1368 (2001) e 1373 (2001) do Conselho de Segurança”<sup>304</sup>. Além disso, como apontado no parecer final da Corte, o representante de Israel na Assembleia Geral havia se manifestado, em 20 de outubro de 2003, no sentido de que as Resoluções do Conselho, mencionadas, “reconheceram claramente o direito dos Estados de usar a força em legítima defesa contra ataques terroristas”<sup>305</sup>. Na verdade, a posição de Israel sobre a legítima defesa já

---

<sup>303</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel*. 30 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1579.pdf>. Acesso em setembro de 2006. “The reality of Israel today is that of an ongoing terrorist threat of the gravest proportions. Israel faces 40 to 50 significant security alerts every week, each one threatening an attack such as that carried out at the Park Hotel in the coastal town of Netanya on 27 March 2002 in which 30 people were killed, most in their 70s and 80s, and 145 injured, by a suicide bomber from Tulkarem. [...]”. p. I.

<sup>304</sup> Documento da ONU, A/ES-10/248, p. 13. “According to its statement made before the General Assembly on 20 October 2003, the Government of Israel believes the construction of the Barrier is consistent with Article 51 of the Charter of the United Nations, its inherent right to self-defence and Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001). Israeli officials say the Barrier has contributed to a significant decline in the number of attacks inside Israel.”

<sup>305</sup> Documento da ONU, A/ES-10/PV.21, p. 6. “[...] have clearly recognized the right of States to use force in self-defence against terrorist attacks”.



era antiga e bem disseminada<sup>306</sup>. Essa era, basicamente, a compreensão jurídica de Israel em relação ao argumento que interessa para a pesquisa.

Finalizadas as audiências, a Corte proferiu seu parecer em 9 de julho de 2004<sup>307</sup>. A resposta oferecida pelos juízes à pergunta submetida pela Assembleia Geral dividiu-se em cinco partes, conforme o seguinte teor:

A construção do muro que está sendo realizada por Israel, a Potência Ocupante, no Território Palestino Ocupado, incluindo o interior e os arredores de Jerusalém Ocidental, e o regime a ela associado, são contrários ao direito internacional; [...]

Israel está sob uma obrigação de pôr fim a suas violações do direito internacional; está sob uma obrigação de cessar imediatamente as obras de construção do muro [...], de desmanchar imediatamente a estrutura situada [no território ocupado], e repelir ou tornar ineficazes todos os atos legislativos e regulatórios relacionados, de acordo com o parágrafo 151 deste parecer; [...]

Israel está sob uma obrigação de reparar todos os danos causados pela construção do muro no Território Palestino Ocupado [...]

Todos os Estados estão sob uma obrigação de não reconhecer a situação ilegal que resulta da construção do muro e de não oferecer ajuda ou assistência na manutenção da situação criada por tal construção; todos os Estados-parte da Quarta Convenção de Genebra [...] têm, também, a obrigação de, respeitando a Carta das Nações Unidas e o direito internacional, assegurar o cumprimento, por Israel, do direito internacional humanitário tal qual incorporado na Convenção; [...]

---

<sup>306</sup> Para maiores detalhes: MANDEL, Michael. Israel and Palestine: Three Questions for International Law. *Dartmouth Law Journal*, vol. 101, 2011. pp. 101-159.

<sup>307</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion*. 9 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>. Acesso em setembro de 2016.

A Organização das Nações Unidas, e especialmente a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, deveriam considerar quais ações ulteriores são necessárias para colocar fim à situação ilegal que resulta da construção do muro e de seu regime associado, tomando em devida consideração o presente parecer consultivo<sup>308</sup>.

Infere-se do excerto que todos os argumentos apresentados por Israel acabaram rejeitados no parecer, desde a objeção à jurisdição da Corte até o mérito acerca da legalidade da construção do muro. Na discussão que envolvia, precisamente, o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, a análise da Corte foi surpreendentemente lacônica, resolvendo a questão em não mais do que dois sucintos parágrafos, dos quais se extrai o que se segue:

[...] O artigo 51 da Carta, portanto, reconhece a existência de um direito inerente à legítima defesa no caso de um ataque armado por um Estado contra outro Estado. Contudo, Israel não alega que os ataques contra si são imputáveis a um Estado estrangeiro.

A Corte também nota que Israel exerce controle sobre o Território Palestino Ocupado e que, como Israel mesmo afirma, a ameaça que ele considera como justificativa para a construção do muro tem origem dentro, e não fora, desse território. A situação, portanto, é diferente daquela contemplada pelas Resoluções 1368 (2001) e 1373 (2001) do Conselho de Segurança, e, logo, Israel não poderia jamais invocar tais resoluções para apoiar seu argumento de exercício do direito à legítima defesa.

Consequentemente, a Corte conclui que o artigo 51 da Carta não tem relevância neste caso<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> *Idem. Parecer Consultivo sobre “As Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado”*. Resumo do Parecer Consultivo de 9 de julho de 2004. Tradução de Taciano S. Zimmermann. p. 10.

<sup>309</sup> *Idem. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion*. 9 de julho de 2004. Parágrafos 138 e 139. “Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State.

Para que o direito à legítima defesa fosse aplicável, então, o ataque armado, segundo a Corte, deveria ser perpetrado “por um Estado contra outro Estado”. A construção da frase, desse jeito, deu margem a dupla interpretação do julgamento: começou-se a discutir se a intenção da Corte foi restringir inequivocamente a legítima defesa para relações formadas exclusivamente por Estados, ou se teve o condão de apenas enfatizar que, para a verificação do direito no caso de Israel, seria preciso que os ataques partissem de fora do Estado que invoca a legítima defesa, isto é, fossem imputados a um Estado estrangeiro, e não a um território controlado pelo próprio Estado que se diz vítima, como se depreende da frase: “Israel não alega que os ataques contra si são imputáveis a um Estado estrangeiro”.

Com efeito, a despeito das divergências, o raciocínio todo da Corte parece ter se construído, a nosso ver, sobre o fato de que os ataques contra Israel partiram não de outro Estado, mas do próprio Israel, ou seja, de dentro de um território sobre o qual o próprio Israel “exerc[ia] controle”, o que tornava a situação, nas palavras dos juízes, “diferente daquela contemplada pelas Resoluções” do Conselho de Segurança invocadas. Não ficou excluída, desse modo, a possibilidade de que, para fins de legítima defesa, um ataque pudesse partir de um grupo armado operando em território estrangeiro. O que ficou estabelecido foi a necessidade de que esse ataque fosse *internacional*, isto é, partisse de território não controlado pelo Estado atacado. Em suma, a ênfase, na expressão “outro Estado”, utilizada pela Corte, deve ser colocada sobre a palavra *outro*, e não sobre *Estado*.

A questão foi debatida em certa medida nas opiniões individuais dos juízes. A juíza Higgins sustentou que não via nada no artigo 51 da Carta que necessariamente “estipul[asse] que a legítima defesa está disponível somente quando um ataque armado é realizado por um Estado” e que, além disso, não conseguia entender a visão da Corte de que uma potência ocupante perdesse “o direito de defender sua própria

---

However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State. The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence.”

população civil, em sua casa, se os ataques emanaram do território ocupado – um território que ela conclui não ter sido anexado e que certamente é ‘outra coisa’ que não Israel”<sup>310</sup>. O juiz Kooijmans, por sua vez, mencionou que as Resoluções do Conselho de Segurança invocadas por Israel “não se referem a um ataque armado por outro Estado mas que, corretamente, [a Corte] assinala que estas resoluções se referem a atos de terrorismo internacional” e que, no presente caso, os atos terroristas se originavam de território que estava “sob controle israelense”<sup>311</sup>.

Assim, diante das opiniões dos demais juízes, o real fundamento para a rejeição da tese da legítima defesa parece ter sido o fato de que os ataques não eram *internacionais*, isto é, não partiam de território estrangeiro, mas, sim, de área controlada por Israel. A *rationale* do parecer, em nossa concepção, ligou-se mais à origem territorial dos ataques (território nacional ou estrangeiro) do que à espécie de entidade (estatal ou não estatal) que os estivesse praticando, questão essa que, para nós, permaneceu de certo modo em aberto. Não obstante, veremos adiante que a doutrina diverge largamente na interpretação dessa opinião.

### 3.1.3. República Democrática do Congo vs. Uganda (2005)

O substrato fático que serviu de pano de fundo ao processo instituído pela República Democrática do Congo (RDC) contra Uganda, em 1999, orbitava em torno de supostos “atos de *agressão armada* perpetrados por Uganda no território”<sup>312</sup> da RDC, desde agosto de 1998, utilizando-se de veículos, aviões e tropas regulares, em extensão tal que atividades armadas teriam sido registradas em sete províncias do país reclamante. O argumento jurídico da acusação consistia, basicamente, na violação ao artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta das Nações Unidas, e na

---

<sup>310</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Parecer Consultivo sobre “As Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado”*. Resumo do Parecer Consultivo de 9 de julho de 2004. Tradução de Taciano S. Zimmermann. p. 11.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>312</sup> *Idem*. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Application instituting proceedings. 23 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/7151.pdf>. Acesso em setembro de 2016.

prática de agressão, tal qual definida na Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral<sup>313</sup>.

Em sua defesa<sup>314</sup>, Uganda trouxe ao processo todo o contexto anterior às atividades ugandesas no território do Congo, que remetia ao período imediatamente posterior à guerra civil em Ruanda (1994), e ao subsequente apoio do presidente congolês a grupos insurgentes anti-Uganda operando no território da RDC. A tese defensiva procurava justificar as atividades militares de Uganda como uma resposta à conduta política do governo da RDC que, em busca de aliados contra oponentes internos, unia-se a rebeldes anti-ugandeses, organizados em grupos armados não estatais, ou seja, forças irregulares, as quais praticavam ataques constantes em território ugandês (em especial, as Forças Democráticas Aliadas – FDA)<sup>315</sup>. Assim, entre as diversas defesas legais apresentadas para as atividades militares realizadas por Uganda na RDC<sup>316</sup>, encontrava-se o exercício regular do direito à legítima defesa, como resposta aos ataques perpetrados pelos grupos armados apoiados pela RDC.

O ponto crucial da argumentação ugandesa em torno do direito à legítima defesa dizia respeito à afirmação de que o “uso de bandos armados operando a partir do território de um Estado que os abriga contra outro Estado, como um instrumento de política nacional, constitui

---

<sup>313</sup> Segundo o artigo 1º da Resolução, “[a] agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas, tal como decorre da presente definição”.

<sup>314</sup> *Idem. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Application instituting proceedings. Counter-Memorial of Uganda*. 21 de abril de 2001.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 181. “[...] Ugandan rebel groups were now being reorganized and rearmed by the Government of DRC and by the Government of Sudan [...] Uganda therefore had no option but to keep its troops in the Democratic Republic of the Congo in order to deal with the threat posed by these foreign-sponsored rebel groups in the absence of any exercise of governmental authority from Kinshasa”.

<sup>316</sup> Por exemplo, o convite expresso e o consentimento do governo congolês à presença das tropas ugandesas em seu território; o reconhecimento multilateral pelos Estados da região, em 1998 e 1999, de que Uganda tinha preocupações de segurança relacionadas à situação na RDC; o regime de obrigações condicionais, graduadas e recíprocas de transferência e retirada criadas pelo cessar-fogo de Lusaka (1999). *Ibidem*, p. 180.

um ataque armado no significado do artigo 51 da Carta”<sup>317</sup>. Nesse particular, o único julgamento da Corte ao qual a defesa fez referência foi o caso *Nicarágua*, especificamente na parte em que o órgão reconheceu a possibilidade de que um ataque armado se configure com base na ação de grupos armados não estatais<sup>318</sup>. No mesmo contexto, o artigo 3(g)<sup>319</sup> da Definição de Agressão – Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral – foi expressamente invocado. O raciocínio era o de que o “envolvimento substancial” de um Estado com um grupo armado, hipótese prevista no referido dispositivo, deveria alcançar atos de apoio logístico<sup>320</sup>. Veja-se, *ipsis litteris*, a suma da tese ugandesa, no que dizia respeito ao conceito de *ataque armado* presente no artigo 51 da Carta das Nações Unidas:

Para o propósito de aplicar o disposto no artigo 51 da Carta, o conceito de “ataque armado” inclui os seguintes elementos, tomados tanto separadamente quanto cumulativamente:

(a) O envio por um Estado de grupos armados ao território de outro Estado em condições nas quais, se a operação tivesse sido conduzida por forças armadas regulares, ela teria sido classificada como um ataque armado (em vez de um mero incidente de fronteira).

(b) O apoio de grupos armados por um Estado pelo fornecimento de suporte logístico na forma

---

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 190. “[...] the use of armed bands operating from the territory of a host State against another State as an instrument of national policy constitutes an armed attack within the meaning of Article 51 of the Charter”.

<sup>318</sup> *Ibidem*, pp. 190-192. Citando o parágrafo 195 do julgamento do mérito do caso *Nicarágua*. Para mais detalhes, vide subseção 2.1.1. desta dissertação.

<sup>319</sup> “Considerar-se-á ato de agressão qualquer um dos atos a seguir enunciados [...] (g) o envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de uma gravidade tal que sejam equiparáveis aos atos acima enumerados, ou o fato de participar de uma forma substancial numa tal ação”. Doc. da ONU: A/RES/3314 (XXIX).

<sup>320</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Application instituting proceedings. Counter-Memorial of Uganda. 21 de abril de 2001. p. 194. “Moreover, the phrase ‘or its substantial involvement therein’ strongly indicates that the formulation extends to the provision of logistical support”.

de armas, treinamento ou assistência financeira; nessas circunstâncias, e na presença de um propósito compartilhado, os bandos armados se tornam agentes, ou “*órgãos de facto*”, do Estado que os apoia.

(c) As operações de grupos armados que fazem parte da estrutura de comando das forças armadas do Estado em questão, independentemente da nomenclatura utilizada para descrever as unidades individuais.

(d) Outras circunstâncias nas quais há evidência de uma conspiração entre o Estado em questão e os grupos armados que estão lutando contra o Estado que está agindo em legítima defesa.<sup>321</sup>

Nas sustentações orais, Uganda também sustentou o seguinte ponto, no qual tratava de um “padrão separado, super-adicionado, de responsabilidade” (*super-added standard of responsibility*) para esses casos:

[...] ataques armados por grupos armados cuja existência é tolerada pela soberania territorial geral responsabilidade jurídica e portanto constituem ataques armados para o propósito do artigo 51. E portanto, há um padrão separado, super-adicionado, de responsabilidade, de acordo com o qual uma falha no controle das atividades de grupos armados produz uma suscetibilidade de

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, pp. 210-211. “For the purposes of applying the provisions of Article 51 of the Charter, the concept of an ‘armed attack’ includes the following elements, taken both separately and cumulatively: (a) The sending by a State of armed bands to the territory of another State in conditions which, had the operation been carried out by regular armed forces, it would have been classified as an armed attack (rather than a mere frontier incident). (b) The sponsoring of armed bands by a State by the provision of logistical support in the form of weapons, training or financial assistance; in these circumstances, and in the presence of a shared purpose, the armed bands become agents, or “*de facto* organs”, of the sponsoring State. (c) The operations of armed groups which form part of the command structure of the armed forces of the State concerned, whatever the nomenclature used to describe individual units. (d) In other circumstances in which there is evidence of a conspiracy between the State concerned and the armed bands fighting against the State taking action in self-defence”.

ação em legítima defesa por parte dos Estados vizinhos.<sup>322</sup>

Em resposta, o Congo alegava:

Assimilar a mera tolerância pelo soberano territorial de grupos armados em seu território com um ataque armado vai claramente contra aos princípios mais estabelecidos nessas matérias. Essa posição, que consiste em diminuir consideravelmente o limite (*threshold*) requerido para a configuração de uma agressão, obviamente não encontra suporte no julgamento *Nicarágua*.<sup>323</sup>

A ampliação do conceito de *ataque armado*, de modo a incluir outras atitudes dos Estados que não configurem, em si mesmos, graves usos da força, havia sido rechaçada no julgamento do caso *Nicarágua*, de maneira que a defesa de Uganda utilizou os votos dissidentes dos juízes americano e britânico proferidos naquele caso, Schwebel e Jennings, para dar chão ao seu ponto de vista<sup>324</sup>, em firme rejeição ao pronunciamento da maioria da Corte. Estava posta, portanto, a tentativa de alterar o entendimento da Corte a respeito da matéria, com base em

---

<sup>322</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Procedimentos orais. CR 2005/7. p. 30. “[...] armed attacks by armed bands whose existence is tolerated by the territorial sovereign generate legal responsibility and therefore constitute armed attacks for the purpose of Article 51. And thus, there is a separate, a super-added standard of responsibility, according to which a failure to control the activities of armed bands, creates a susceptibility to action in self-defence by neighbouring States.”

<sup>323</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Procedimentos orais. CR 2005/12. p. 26. “To assimilate mere tolerance by the territorial sovereign of armed groups on its territory with an armed attack clearly runs counter to the most established principles in such matters. That position, which consists in considerably lowering the threshold required for the establishment of aggression, obviously finds no support in the Nicaragua Judgment.”

<sup>324</sup> *Idem*. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Julgamento de 27 de junho de 1986. *Dissenting opinion of Judge Schwebel*.



doutrina e prática estatal, a fim de que se ampliasse o conceito de ataque armado quando aplicado em um contexto não estatal.

Em 19 de dezembro de 2005, a sentença foi publicada<sup>325</sup>. No primeiro parágrafo da parte dispositiva da decisão ficou estabelecido que Uganda, por ter praticado atividades militares no território da RDC, e por ter apoiado logística e militarmente forças irregulares que operavam naquele território, “violou o princípio do não-uso da força nas relações internacionais e o princípio da não intervenção”<sup>326</sup>. A justificativa da ação em legítima defesa, portanto, fora rechaçada pela Corte.

Na fundamentação, uma vez atribuídos os ataques sofridos por Uganda à atividade de grupos armados não estatais, a exemplo das FDA, seria necessário que o julgamento levasse em conta o disposto no artigo 3(g) da Definição de Agressão da Assembleia Geral (1974). A Corte teria de concluir se o governo da RDC havia “enviado” os grupos para Uganda ou tivesse se “envolvido substancialmente” em suas atividades. Se isso pudesse ser provado, a legítima defesa poderia ser aceita, uma vez que o ataque armado poderia ser juridicamente conectado pelo artigo 3(g) a um ato de um Estado (a RDC). A Corte concluiu, porém, que não havia “prova satisfatória” do envolvimento da RDC nesses ataques e afirmou que “os ataques não emanaram de grupos armados ou irregulares enviados pela RDC ou em nome da RDC, no sentido do artigo 3(g) da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral”<sup>327</sup>. Em outras palavras, a posição da Corte foi de que não havia evidência suficiente de que a RDC estivesse realmente fornecendo *qualquer* suporte às FDA, nem direto, nem indireto.

Do trecho relevante:

A Corte concluiu acima [...] que não há prova satisfatória do envolvimento nesses ataques, direto ou indireto, do governo da RDC. Os ataques não emanaram de bandos armados ou irregulares

---

<sup>325</sup> *Idem. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Julgamento de 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 280. “[...] violated the principle of non-use of force in international relations and the principle of non-intervention”.

<sup>327</sup> *Ibidem*, parágrafo 146. “The attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX)”.

enviados pela RDC ou em nome da RDC, no sentido do artigo 3(g) da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral sobre a definição de agressão [...]. A Corte é da opinião de que, com base nas provas apresentadas, mesmo se essa série de ataques deploráveis pudesse ser considerada como de natureza cumulativa, eles ainda assim permaneceriam não-atribuíveis à RDC”<sup>328</sup>.

Não havia, aos olhos da Corte, condições fáticas e jurídicas para “atribuir” os ataques das FDA ao governo da RDC. Lida atentamente, a decisão sugere que um ataque armado, no sentido do artigo 51 da Carta das Nações Unidas, somente poderia se configurar na medida em que tal ataque, mesmo tendo sido praticado por um grupo armado não estatal, pudesse ser normativamente atribuído a um Estado. Para esse fim, o critério utilizado no teste de atribuição de conduta foi, tal qual no caso *Nicarágua*, o de “envio ou envolvimento substancial” do Estado, previsto expressamente no artigo 3(g) da Definição de Agressão – que já havia sido reconhecido, naquele caso de 1986, como parte do direito internacional costumeiro. Como, na hipótese, não havia comprovação de envolvimento suficiente por parte da RDC, não havia, por consequência, ataque armado que pudesse justificar o uso da força em legítima defesa por parte de Uganda.

Nesse passo, a Corte considerou que as condições jurídicas e fáticas para o exercício da legítima defesa por parte de Uganda não estavam presentes na situação analisada. Não houve informação das medidas tomadas por Uganda ao Conselho de Segurança; não ficou provado envolvimento suficiente da RDC nos ataques; e a própria gravidade dos ataques a Uganda pareceu questionada no julgamento da Corte. Como havia diversos fatores a impedir o exercício lícito da legítima defesa por Uganda, não houve oportunidade para que a Corte adentrasse à profundidade das questões que estavam em aberto. A essa altura do julgamento, afirmou-se o seguinte:

Por todas essas razões, a Corte conclui que as circunstâncias jurídicas e fáticas para o exercício de um direito de legítima defesa por Uganda contra a RDC não estavam presentes. Nesse

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, parágrafo 146. “The Court is of the view that, on the evidence before it, even if this series of deplorable attacks could be regarded as cumulative in character, they still remained non-attributable to the DRC.”

sentido, a Corte não tem necessidade de responder aos argumentos das Partes sobre se, e em caso afirmativo sob quais condições, o direito internacional contemporâneo prevê um direito à legítima defesa contra ataques de grande escala praticados por forças irregulares.<sup>329</sup>

Ao concluir que os requisitos fáticos e jurídicos não estavam demonstrados, e, em particular, que não havia conexão suficiente com o grupo armado para atribuir os ataques à RDC, a Corte afirmou, também, que não via necessidade de responder à questão de se seria viável falar na possibilidade de exercício do direito à legítima defesa contra “ataques de grande escala praticados por forças irregulares”.

Essa, porém, talvez fosse uma das questões mais relevantes a serem respondidas na ocasião: era a indagação a respeito da conclusão do caso *Nicarágua*, a saber, se, passados quase vinte anos, ela ainda continuava válida para o direito internacional contemporâneo. Em 1986, a Corte havia afirmado que o apoio logístico ou de qualquer outra natureza, de um Estado a um grupo armado, não era suficiente para que, diante de um ataque por esse grupo contra um terceiro Estado, o direito à legítima defesa fosse invocado contra aquele primeiro Estado. O chamado das partes era no sentido que a Corte revisitasse seu entendimento, para revê-lo diante do contexto pós-2001. Mas não houve um arrazoadado específico da Corte sobre possível abrandamento do nível de conexão entre o Estado e o grupo não estatal que o exercício da legítima defesa pressupunha, e tampouco sobre se o fato de o ataque ser “de grande escala” poderia produzir consequências jurídicas distintas dos ataques “de pequena escala” nesse domínio. A impressão, na verdade, é a de que foi mantido implicitamente o critério rígido que já havia sido adiantado no caso *Nicarágua*, pois, do contrário.

O aspecto foi notado na opinião separada do juiz Kooijmans:

[...] a Corte evita tomar uma posição com relação a se o limite estabelecido no caso *Nicarágua* ainda permanece em conformidade com o direito

---

<sup>329</sup> *Ibidem*, parágrafo 147. “For all these reasons, the Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces.”

internacional contemporâneo apesar do fato de que esse limite esteja recebendo cada vez mais críticas desde que foi estabelecido em 1986. A Corte, portanto, perdeu uma oportunidade de afinar a posição que tomou há 20 anos atrás apesar do explícito convite de uma das Partes para fazê-lo.<sup>330</sup>

O teor do voto separado de Kooijmans reconhece, em princípio, o direito de legítima defesa por parte de Uganda<sup>331</sup>, e deixa transparecer que o juiz é favorável à legítima defesa contra ataques armados de grupos não estatais, ainda que não atribuíveis a um Estado:

Se as atividades de grupos armados presentes no território de um Estado não podem ser atribuídas a esse Estado, o Estado vítima não é objeto de um ataque armado por aquele Estado. Mas se os ataques pelos irregulares tivessem de ser, por sua escala e efeitos, classificados como um ataque armado caso houvesse sido praticados por forças armadas regulares, não há nada na linguagem do artigo 51 da Carta que proíba o Estado vítima de exercer seu direito *inerente* à legítima defesa.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Julgamento de 19 de dezembro de 2005. *Separate opinion of Judge Kooijmans*. p. 313. “[...] the Court refrains from taking a position with regard to the question whether the threshold set out in the Nicaragua Judgment is still in conformity with contemporary international law in spite of the fact that that threshold has been subject to increasingly severe criticism ever since it was established in 1986. The Court thus has missed a chance to fine-tune the position it took 20 years ago in spite of the explicit invitation by one of the Parties to do so.”

<sup>331</sup> Muito embora tenha considerado a ação ugandesa, em sua forma, desproporcional e desnecessária, motivo pelo qual concordou com a Corte a respeito da violação do princípio do não-uso da força.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 314. “If the activities of armed bands present on a State’s territory cannot be attributed to that State, the victim State is not the object of an armed attack by it. But if the attacks by the irregulars would, because of their scale and effects, have had to be classified as an armed attack had they been carried out by regular armed forces, there is nothing in the language of Article 51 of the Charter that prevents the victim State from exercising its inherent right of self-defence.”

Na leitura de seu voto, vê-se ainda que a sugestão por ele proposta era de que tal ação pudesse ser chamada de modo distinto de legítima defesa, como ação em “estado de necessidade” ou até mesmo “implementação extraterritorial da lei” (*extraterritorial law enforcement*), mas que, de qualquer modo, seu caráter lícito seria indubitável, uma vez verificada a existência de um ataque armado por parte do grupo armado<sup>333</sup>, pois nada há na Carta que impeça um tal direito, em sua opinião.

O juiz Simma, em seu voto separado, concordou, neste ponto, com o juiz Kooijmans, e expressou dura crítica à (falta de) consistência da Corte a respeito deste assunto:

Desde o caso *Nicarágua*, a Corte deu vários pronunciamentos sobre questões de uso da força e legítima defesa que são problemáticos menos pelas coisas que eles dizem do que pelas questões que deixam em aberto, entre elas, especialmente, o problema da legítima defesa contra ataques armados por atores não estatais. [...] à luz dos desenvolvimentos mais recentes não apenas na prática estatal mas também com relação à *opinio juris* que a acompanha, o posicionamento [de não permitir legítima defesa contra ataques de grupos armados] deve ser urgentemente reconsiderado. [...] As Resoluções 1368 (2001) e 1373 (2001) do Conselho de Segurança não podem ser lidas senão como afirmações da visão de que ataques de grande escala por atores não-estatais podem ser classificados de “ataques armados” no sentido do artigo 51.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> *Ibidem*, pp. 314-315.

<sup>334</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Julgamento de 19 de dezembro de 2005. *Separate opinion of Judge Simma*. pp. 172-174. “From the *Nicaragua* case onwards the Court has made several pronouncements on questions of use of force and self-defence which are problematic less for the things they say than for the questions they leave open, prominently among them the issue of self-defence against armed attacks by non-State actors. [...] However, in the light of more recent developments not only in State practice but also with regard to accompanying *opinio juris*, it ought urgently to be reconsidered, also by the Court. As is well known, these developments were triggered by the terrorist attacks of September 11, in the

Os excertos transcritos deixam ver que o problema suscitou divergências mesmo entre os juízes da Corte Internacional de Justiça. Mas os votos individuais não se substituem à maioria, ainda que possuam força persuasiva para eventual influência nos rumos futuros das questões. Ao final dessa revisitação dos únicos três casos em que o órgão se deparou especificamente com a questão que é objeto deste trabalho, nota-se que há certos espaços vazios na matéria, que ainda necessitam de esclarecimento. “Pode-se dizer que a Corte deixou em aberto a questão mais ampla de se existe um direito ao uso da força em legítima defesa contra atores não estatais nas ocasiões em que o teste *Nicarágua* [envio ou envolvimento substancial] não é verificado”<sup>335</sup>.

No caso em exame, a Corte perdeu uma oportunidade de posicionar-se claramente sobre a tese da legítima defesa contra ataques de atores não estatais em casos de ataques de grande escala. Ao mesmo tempo em que afirmou implicitamente que o artigo 51 da Carta pressupõe a ocorrência de ataque armado atribuível a um Estado, a Corte observou que não via necessidade de responder à questão de se a invocação daquele artigo seria possível nos casos de não envolvimento de um Estado, envolvimento em menor grau, ou, ainda, no caso de mera tolerância de grupos armados no território de um Estado. Quiçá, as condições não estivessem favoráveis, naquele momento, para que a Corte oferecesse resposta clara à complexa questão que ali se colocava, razão pela qual os juízes preferiram encontrar uma saída que permitisse confiar à prática dos Estados, por meio do costume internacional, o preenchimento da lacuna normativa que pairava nas discussões. No dia-a-dia da comunidade internacional, a questão pulsava e vinha à tona com certa frequência. Nas sinuosidades da prática internacional, portanto, é que deveriam se definir seus contornos.

---

wake of which claims that Article 51 also covers defensive measures against terrorist groups have been received far more favourably by the international community than other extensive re-readings of the relevant Charter provisions, particularly the ‘Bush doctrine’ justifying the pre-emptive use of force. Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) cannot but be read as affirmations of the view that large-scale attacks by non-State actors can qualify as ‘armed attacks’ within the meaning of Article 51.”

<sup>335</sup> GRAY, *op. cit.*, 2013, p. 260. “It could be argued that the Court left open the wider question whether there is a right to use force in self-defence against non-state actors in a third state where the *Nicaragua* test is not met”.

### 3.2. Principais precedentes não judicializados

Esquadrinhados os casos relevantes da Corte Internacional de Justiça, passaremos, nesta subseção, ao exame de três dos principais precedentes pós-2001 relacionados ao uso da força em resposta a ataques não estatais. Evidentemente, não são os únicos: são os que, a nosso ver, representam, em uma escala mais ampla e nítida, o modo como o problema adquiriu traços complexos no desenrolar da prática internacional. Assim, esse esforço é realizado sem a pretensão de ser exaustivo no exame da prática estatal do período<sup>336</sup>, mas tão somente na tentativa de ilustrar os pontos altos da prática estatal em cujo quadro o precedente sírio se insere. Os casos foram separados levando-se em consideração o grau de sua repercussão jurídica e política.

Os episódios que serão esmiuçados compreendem situações nas quais um Estado, ameaçado ou atacado por forças irregulares atuantes a partir do exterior, invoca o direito à legítima defesa como fundamento para usar força militar no território do Estado a partir do qual aquelas forças operam, na intenção de combatê-las. Interessa-nos, no exame a ser feito, os critérios utilizados pelos Estados que o fizeram, o que poderá ser visto a partir do estudo detalhado dos fundamentos jurídicos invocados. É de especial relevância, também, a reação dos demais Estados envolvidos, de terceiros Estados e, eventualmente, do Conselho de Segurança. As circunstâncias fáticas são igualmente importantes para bem delimitar a aplicabilidade dos fundamentos invocados às diferentes situações, seja para aproximá-las por suas semelhanças, seja para afastá-las por suas particularidades.

#### 3.2.1. Estados Unidos no Afeganistão (2001): *Enduring Freedom*

Estávamos todos atônitos, na manhã de 11 de setembro de 2001, com a notícia de que um avião lotado de passageiros havia atingido em cheio um dos prédios do complexo do World Trade Center, no coração de Nova Iorque<sup>337</sup>. As imagens corriam pela televisão. No instante em

---

<sup>336</sup> A qual é evidentemente mais complexa e demandaria um estudo à parte. Veja, por exemplo: CORTEN, Olivier. Self-Defense against Terrorists: What Can be Learned from Recent Practice (2005-2010)? *Journal of International Law and Diplomacy*, 2010b.

<sup>337</sup> O relatório final da comissão americana independente, bipartidária, responsável pela investigação dos fatos ocorridos naquele dia, pode ser

que sintonizamos o canal, muitos de nós vimos ao vivo, abismados, a segunda aeronave atravessar, a plenos motores, o meio da segunda torre. Demoramos alguns segundos (ou minutos) para entender que, realmente, tratava-se de outro avião. Na outra torre. E, quando nos demos conta, hipóteses de acidente ou erro de cálculo já não eram mais palpáveis. Em minutos, algumas de nossas certezas sobre o mundo caíram por terra, junto com as torres americanas. Naquele instante, praticamente ninguém do mundo ocidental sabia exatamente o que estava acontecendo, mas todos nos olhávamos com um ar bastante grave, certos de que assistíamos ao prenúncio de uma outra realidade. E, quinze anos depois, percebe-se que os rumos da comunidade internacional, e também das vidas individuais<sup>338</sup> em vários aspectos, foram influenciados pelos acontecimentos que tiveram lugar naquele dia.

Desde a saída das tropas soviéticas do país, ao final da década de oitenta, o território do Afeganistão havia se transformado em um “terreno fértil para campos de treinamento terrorista e outras atividades de rebeldes”<sup>339</sup>. O fim da ocupação gerou um vácuo de poder, que, por sua vez, produziu um caos em que grupos armados inflamaram-se uns contra os outros, em uma guerra civil na busca pelo controle do país. Nesse contexto, ainda na primeira metade dos anos 90, entraria em cena o movimento político-religioso denominado Talibã<sup>340</sup>, “originalmente formado com a nobre intenção de unificar o país sob uma postura de pureza voltada ao governo do islã”<sup>341</sup>.

---

acessado, em inglês, diretamente neste link: <http://www.9-11commission.gov/report/911Report.pdf>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>338</sup> Para oferecer um discreto exemplo: em relação àqueles que já precisaram entrar em um avião no período pós-2001, diante das novas medidas de segurança que afetaram a grande maioria dos passageiros.

<sup>339</sup> RUNION, Meredith. *The History of Afghanistan*. London: Greenwood, 2007. p. 119. “Afghanistan in the 1980s was a breeding ground for terrorist training camps and other such rebel activities”.

<sup>340</sup> *Taliban* é uma palavra de origem árabe que se referem aos estudantes de nível mais baixo do Islã, normalmente de áreas pobres, contextos rurais e sempre homens. Estes estudantes formaram o coração do movimento político *Taliban*, que iria governar o país a partir de 1996. Vide: WAHAB, Shaista *et* YOUNGERMAN, Barry. *A Brief History of Afghanistan*. New York: Infobase, 2007. pp. 205 e ss.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 121. “Many westerners might be surprised that the Taliban originally formed with the noble intention to unify the country under a purity stance toward Islamic rule.”



Com o apoio dos governo paquistanês e saudita, contribuições financeiras generosas de Osama bin Laden (então líder supremo da Al-Qaeda<sup>342</sup>) e outras alianças (inclusive uma certa simpatia americana)<sup>343</sup>, o Talibã foi, cidade por cidade e pouco a pouco, tomando o país. Em 1996, já com domínio de setenta por cento do território afegão, o grupo conseguiu assumir o controle de Kabul e, dali, as rédeas do governo. Formou-se, então, um regime de linha dura e aplicação extrema das leis islâmicas<sup>344</sup>. Por conta dessa orientação radical, o governo talibã passaria a engajar-se no empreendimento de uma guerra santa (*jihad*) global contra o ocidente, o que superaria praticamente todos os seus eventuais pontos de interesse comuns com países como os Estados Unidos<sup>345</sup>.

Uma sólida cooperação instalou-se, a partir de 1996, entre Osama bin Laden e o regime do Talibã. Naquele ano, expulso do Sudão, bin Laden havia encontrado “refúgio no Afeganistão, onde ele estabeleceu a sede da Al-Qaeda” e, ali, obtido “uma base segura para treinamento de guerreiros e terroristas”<sup>346</sup>. Milhares de homens foram recrutados e treinados no território afegão, entre 1996 e 2001. Da aliança do

---

<sup>342</sup> RUNION, 2007, *op. cit.*, p. 119.

<sup>343</sup> WAHAB *et* YOUNGERMAN, 2007, *op. cit.*, pp. 212-219.

<sup>344</sup> Entre as proibições impostas pelo governo talibã, estavam: proibição de tocar ou ouvir música, de dançar, de ver televisão, um código de vestimentas para os homens, a necessidade de as mulheres cobrirem seus corpos por inteiro, apedrejamentos, amputações e execuções públicas como punições, entre outros. *Ibidem*, p. 218.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 219. “The Taliban leaders were not in principle averse to good relations on their own terms with the United States, the United Nations, or any other foreign power. However, their commitment to the pan-Islamic cause outweighed any other foreign policy goal, guaranteeing their isolation and eventual defeat.”

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 220. “Bin Laden found refuge in Afghanistan, where he set up al-Qaeda headquarters in the base complex he had built near Khost in the 1980s. The “sheikh,” as he was called, sealed his alliance with Emir Omar by taking the latter’s daughter as his fourth wife. The deal gave bin Laden a secure base for training fighters and terrorists, plus the propaganda value of association with the apparently victorious and virtuous Taliban. In the five years after 1996, al-Qaeda trained some 11,000 recruits in Afghanistan, up to 3,000 of them aspiring terrorists and suicide bombers. At the time of the U.S. intervention late in 2001, some 6,500 foreign al-Qaeda fighters were stationed at dozens of bases around the country, the majority in Kabul and the east”.

fundamentalismo talibã com o de bin Laden<sup>347</sup>, emanou uma convocação geral de *jihad* que, em 2001, culminaria no maior ataque terrorista islâmico da história, perpetrado sob o comando do líder da Al-Qaeda.

Um dia depois dos fatos, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1368 (2001), por meio da qual condenou inequivocamente e “nos mais fortes termos os terríveis ataques terroristas que tiveram lugar em 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque, Washington, D.C., e Pensilvânia”, considerou tais atos, “como qualquer ato de terrorismo internacional, uma ameaça à paz e à segurança internacionais”, e, por fim, expressou sua disposição de “tomar todos os passos necessários para responder” aos ataques, “de acordo com suas responsabilidades sob a Carta das Nações Unidas”<sup>348</sup>.

A frase que daria origem às maiores controvérsias jurídicas internacionais estava não no corpo, mas no *preâmbulo* do documento (posição que, em si, já gerou contendas): “*Reconhecendo* o direito inerente à legítima defesa individual ou coletiva de acordo com a Carta”<sup>349</sup>. Ao fazer referência ao direito de legítima defesa na ausência de um ataque armado estatal, e ao posicioná-la no preâmbulo da Resolução, o Conselho de Segurança, em vez de jogar luz sobre a

---

<sup>347</sup> RUNION, 2007, *op. cit.*, pp. 126-127. “[...] bin Laden sought to form an alliance with these Islamic fundamentalists and his al-Qaeda organization, and he continued to build terrorist camps free from the government oversight that he had to endure in Saudi Arabia. The Taliban was equally fundamentalist and shared the same views with bin Laden to defeat the infidels of the West. The Taliban welcomed bin Laden, and their support in terrorist acts resulted in the payment of millions of dollars from bin Laden. After establishing his home in southern Afghanistan, bin Laden raised the call to jihad against Saudi Arabia and the United States, stating that it was the duty of the Muslims to kill the American people and their allies.”

<sup>348</sup> Doc. da ONU: S/RES/1368 (2001). “*Unequivocally condemns* in the strongest terms the horrifying terrorist attacks which took place on 11 September 2001 in New York, Washington, D.C. and Pennsylvania and regards such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security”. [...] “*Expresses* its readiness to take all necessary steps to respond to the terrorist attacks of 11 September 2001, and to combat all forms of terrorism, in accordance with its responsibilities under the Charter of the United Nations.”

<sup>349</sup> *Ibidem*. “*Recognizing* the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter”.

questão, anuviou-a. Duas semanas depois, o fato se repetiu de modo idêntico, na Resolução 1373 (2001)<sup>350</sup>.

Imediatamente após os ataques, o Presidente dos Estados Unidos à época, George W. Bush, declarou que seu país “estava em guerra” e que aquela “era uma hora para legítima defesa”<sup>351</sup>. Iniciaram-se, de pronto, os planos para oferecer as mais diversas respostas internas e internacionais à ameaça que se havia concretizado. “Nós não faremos nenhuma distinção entre os terroristas que cometeram esses ataques e aqueles que os abrigam”<sup>352</sup>, afirmou o Presidente.

Em 14 de setembro de 2001, o Congresso americano aprovou uma Resolução Conjunta destinada a “autorizar o uso das Forças Armadas dos Estados Unidos contra os responsáveis pelos recentes ataques perpetrados contra os Estados Unidos”<sup>353</sup>. Ali, o Presidente ficava autorizado a “usar toda a força necessária e apropriada contra as nações, organizações ou pessoas que ele determinar que planejaram, autorizaram, cometeram, ou auxiliaram os ataques terroristas que ocorreram em 11 de setembro de 2001, ou abrigaram essas organizações ou pessoas”<sup>354</sup>.

No dia 21 de setembro de 2001, o Presidente Bush, no discurso do *State of the Union*, ofereceu um ultimato ao Talibã:

---

<sup>350</sup> Doc. da ONU: S/RES/1373 (2001). “*Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001) (...)*”.

<sup>351</sup> COMISSÃO NACIONAL SOBRE ATAQUES TERRORISTAS NOS ESTADOS UNIDOS. *The 9/11 Commission Report*. “We’re at war” (p. 326). “[...] the President said it was a time for self-defense” (p. 330).

<sup>352</sup> Trecho do discurso do Presidente Bush à nação, no dia 11 de setembro de 2001. “We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them”. Disponível em: <http://www.americanrhetoric.com/speeches/gwbush911addressstothetnation.htm>.

<sup>353</sup> *Public Law 107-40*, 107ª legislatura. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>354</sup> *Ibidem*, Seção 2 (a). “[...] the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.”

E nessa noite, os Estados Unidos da América apresentam as seguintes demandas ao Talibã: entregar às autoridades dos Estados Unidos todos os líderes da Al-Qaeda que se escondem em sua terra. Libertar todos os nacionais estrangeiros, incluindo cidadãos americanos, que vocês injustamente prenderam. [...] Fechar imediata e permanentemente todos os campos de treinamento terroristas no Afeganistão, e entregar todo terrorista, e toda pessoa que faz parte da sua estrutura de suporte, às autoridades apropriadas. Dar aos Estados Unidos pleno acesso aos campos de treinamento terroristas, para que possamos nos assegurar que eles não mais operam. Essas demandas não estão abertas a negociação ou discussão. O Talibã deve agir, e agir imediatamente. Eles vão entregar os terroristas, ou vão ter o mesmo destino que eles.<sup>355</sup>

Em 7 de outubro de 2001, o Representante dos Estados Unidos para as Nações Unidas, John D. Negroponte, enviou uma carta ao Presidente do Conselho de Segurança, informando a tomada de medidas no exercício do direito à legítima defesa. O documento foi assim redigido:

De acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, eu desejo, em nome do meu governo, reportar que os Estados Unidos da América, em conjunto com outros Estados, iniciou ações no exercício de seu direito inerente à legítima defesa

355

Disponível

em:

<https://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>. Acesso em setembro de 2008. “And tonight, the United States of America makes the following demands on the Taliban: Deliver to United States authorities all the leaders of al Qaeda who hide in your land. Release all foreign nationals, including American citizens, you have unjustly imprisoned. Protect foreign journalists, diplomats and aid workers in your country. Close immediately and permanently every terrorist training camp in Afghanistan, and hand over every terrorist, and every person in their support structure, to appropriate authorities. Give the United States full access to terrorist training camps, so we can make sure they are no longer operating. These demands are not open to negotiation or discussion. The Taliban must act, and act immediately. They will hand over the terrorists, or they will share in their fate.

individual e coletiva após os ataques armados praticados contra os Estados Unidos em 11 de setembro de 2001.

[...]

Desde 11 de setembro, meu governo obteve informações claras e convincentes de que a organização Al-Qaeda, que é apoiada pelo regime Talibã no Afeganistão, exerceu papel central nos ataques. Ainda há muito que não sabemos. Nossa investigação está em seus estágios iniciais. Podemos vir a concluir que nossa legítima defesa requer outras ações com respeito a outras organizações e outros Estados.

[...]

Os ataques em 11 de setembro de 2001, e a contínua ameaça aos Estados Unidos e a seus nacionais representada pela organização Al-Qaeda, foram possibilitados pela decisão do regime Taliban de permitir que partes do Afeganistão que ele controla fossem utilizadas por aquela organização como uma base de operações.

[...] A partir do território do Afeganistão, a organização Al-Qaeda continua a treinar e a apoiar agentes do terror que atacam pessoas inocentes ao redor do mundo e miram interesses e nacionais dos Estados Unidos.

[...]

Em resposta a esses ataques, e de acordo com o direito inerente à legítima defesa individual e coletiva, as forças armadas dos Estados Unidos iniciaram ações destinadas a prevenir e impedir outros ataques nos Estados Unidos. Essas ações incluem medidas contra campos de treinamento terroristas da Al-Qaeda e instalações militares do regime do Talibã no Afeganistão. [...]<sup>356</sup>

356

Disponível

em:

[http://www.bits.de/public/documents/US\\_Terrorist\\_Attacks/negroponte.htm](http://www.bits.de/public/documents/US_Terrorist_Attacks/negroponte.htm).

Acesso em setembro de 2016. “In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, I wish, on behalf of my Government, to report that the United States of America, together with other States, has initiated actions in the exercise of its inherent right of individual and collective self-defense following armed attacks that were carried out against the United States on September 11, 2001. [...] Since September 11, my Government has obtained clear and compelling information that the Al-Qaeda organization, which is supported by

Foi com base nessa conexão existente entre a organização terrorista e o governo do Afeganistão que os Estados Unidos invocaram, em 2001, seu direito à legítima defesa contra o país afegão. Afinal, como o Presidente Bush havia enfatizado em seu primeiro discurso pós-atentado, não haveria distinção entre terroristas e seus apoiadores: a resposta seria a mesma para todos, independentemente de onde se encontrassem. Ancorados nas “informações claras e convincentes” de que o regime Talibã era apoiador da Al-Qaeda, os Estados Unidos invadiram o Afeganistão.

O governo britânico, no mesmo dia 7 de outubro, também comunicou ao Conselho de Segurança sua participação nas ações no Afeganistão, “no exercício do direito inerente à legítima defesa individual e coletiva, reconhecida no artigo 51, após o ultraje terrorista de 11 de setembro, para repelir a contínua ameaça de ataques da mesma fonte”<sup>357</sup>. Esclareceu, ainda, que a ação seria direcionada “à organização terrorista Al-Qaeda de Osama bin Laden e ao regime do Talibã que a apoia”<sup>358</sup>. Um dia depois, a União Europeia, em nota, declarou “sua plena solidariedade com os Estados Unidos e seu sincero apoio à ação

---

the Taliban regime in Afghanistan, had a central role in the attacks. There is still much we do not know. Our inquiry is in its early stages. We may find that our self-defense requires further actions with respect to other organizations and other States. [...] The attacks on September 11, 2001, and the ongoing threat to the United States and its nationals posed by the Al-Qaeda organization have been made possible by the decision of the Taliban regime to allow the parts of Afghanistan that it controls to be used by this organization as a base of operation. [...] From the territory of Afghanistan, the Al-Qaeda organization continues to train and support agents of terror who attack innocent people throughout the world and target United States nationals and interests in the United States and abroad. [...] In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defense, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States. These actions include measures against Al-Qaeda terrorist training camps and military installations of the Taliban regime in Afghanistan [...]”.

<sup>357</sup> Carta enviada ao Conselho de Segurança por Stewart Eldon, Chargé d’Affaires da missão britânica na ONU, em Nova Iorque. Doc. da ONU: S/2001/947, de 7 de outubro de 2001. “These forces have now been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self-defence, recognised in Article 51, following the terrorist outrage of 11 September, to avert the continuing threat of attacks from the same source.”

<sup>358</sup> *Ibidem*.

que esta[va] sendo tomada em legítima defesa e em conformidade com a Carta da ONU e com a Resolução do Conselho de Segurança 1368 (2001)”<sup>359</sup>. A rede Al-Qaeda e o regime que lhe dava suporte estavam, no sentir da organização, enfrentando as consequências de suas ações.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) também aprovou a ação americana, “relembrando o direito inerente dos Estados Unidos e de cada um dos Estados-Membros de agir no exercício do direito à legítima defesa individual e coletiva reconhecida pelo Artigo 51 da Carta das Nações Unidas”<sup>360</sup>. A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), de igual modo, considerou os eventos como um ataque armado, invocou o artigo 5º de sua Carta e expressou sua solidariedade com o governo americano, afirmando que “o compromisso com a legítima defesa coletiva incorporado no Tratado de Washington foi firmado, de início, em circunstâncias bastante diferentes daquelas que existem agora, mas permanece não menos válido e não menos essencial hoje, em um mundo sujeito ao flagelo do terrorismo internacional”<sup>361</sup>. O Brasil, na época, também reconheceu a possibilidade de invocação do direito à autodefesa em resposta aos ataques do 11 de setembro, muito embora desse preferência à resposta multilateral<sup>362</sup>. Em suma, a maioria

---

<sup>359</sup> UNIÃO EUROPEIA. *US / Terrorism: Statement by General Affairs Council*. 8 de outubro de 2001, Luxemburgo. Disponível em: [http://avalon.law.yale.edu/sept11/eu\\_005.asp](http://avalon.law.yale.edu/sept11/eu_005.asp). Acesso em setembro de 2016. “The EU declares its full solidarity with the US and its wholehearted support for the action that is being taken in self-defence and in conformity with the UN Charter and the UNSCR 1368.”

<sup>360</sup> Doc. da OEA: CP/RES.796 (1293/01). Disponível em: <http://www.oas.org/council/resolutions/res796.asp>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>361</sup> ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE. *Statement by the North Atlantic Council*. 12 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm>. Acesso em setembro de 2016. “The commitment to collective self-defence embodied in the Washington Treaty was first entered into in circumstances very different from those that exist now, but it remains no less valid and no less essential today, in a world subject to the scourge of international terrorism.”

<sup>362</sup> *Artigo do Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, publicado na Revista Época em 1 de dezembro de 2001 – “A Crise Como Oportunidade”*. Resenha de Política Exterior do Brasil / Ministério das Relações Exteriores, Departamento de Comunicações e Documentação: Coordenação de Documentação Diplomática. – Ano 28, n. 89 (jun. 2001). Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2001.

dos Estados<sup>363</sup>, com algumas exceções (tais como Coreia do Norte, Cuba, Irã, Iraque, Síria, entre outros), apoiou as ações americanas em resposta aos ataques, sob o argumento da legítima defesa<sup>364</sup>.

Em tudo isso, avançou-se um certo entendimento do direito internacional, uma certa concepção do direito à legítima defesa contra ataques perpetrados por grupos armados não estatais. Os Estados Unidos consideraram que o fato de o governo afegão “permitir que partes do Afeganistão que ele controla[va] fossem utilizadas por aquela organização [terrorista] como uma base de operações”, traduzindo-se em apoio logístico, seria suficiente para que, em legítima defesa contra um ataque perpetrado pela Al-Qaeda, fosse possível usar força militar no território daquele país. Note-se, entretanto, que em nenhum momento foi avançado pelos Estados Unidos que um direito à legítima defesa pudesse ser exercido contra a Al-Qaeda por si só, mas, sim, que o governo afegão, por força de sua próxima relação de apoio com o grupo terrorista, também deveria sofrer as consequências da reposta armada.

Os eventos daquele dia marcaram a história mundial. As justificativas jurídicas para o uso da força que se seguiu, por sua vez, seriam matéria de grandes controvérsias nos anos que se seguiriam, principalmente em situações semelhantes que viriam a se repetir, ainda que de magnitude significativamente menor. O trágico cenário novaiorquino foi o pontapé inicial de uma nova era do terrorismo internacional, e, conseqüentemente, a consolidação de um novo modo de responder às ameaças detectadas. Contrariando o que havia sido decidido pela Corte no caso *Nicarágua*, os Estados Unidos – e a maioria da comunidade internacional – julgaram que o direito à legítima defesa poderia ser exercido contra um Estado que meramente apoiava ou dava abrigo a um grupo terrorista em seu território, não havendo necessidade de que a participação do Estado nos ataques armados, em si, adquirisse natureza grave. A questão ganharia contornos mais bem delineados e, ao

---

<sup>363</sup> A título de exemplo: Irlanda (Doc. da ONU: A/56/PV.14, p. 6), Noruega (Doc. da ONU: A/56/PV.12, p. 14), Croácia (Doc. da ONU: A/56/PV.12, p. 24), Marrocos (Doc. da ONU: A/56/PV.13, p. 5), Argentina (Doc. da ONU: A/56/PV.13, p. 19), Chile (Doc. da ONU: A/56/PV.13, p. 21). Estados que se opuseram à invocação do direito: Cuba (Doc. da ONU: A/56/PV.13, p. 15). A Rússia expressou preferência pela via multilateral e não endossou especificamente o direito à legítima defesa (Doc. da ONU: A/56/PV.13, p. 3).

<sup>364</sup> CORTEN, 2010, *op. cit.*, pp. 460-461.



mesmo tempo, seria uma fonte de contendas na doutrina<sup>365</sup> dos anos que se seguiram – parte da qual será analisada ainda neste capítulo.

### 3.2.2. Israel no Líbano (2006): *True Promise*

Em maio de 2000, Israel havia finalizado a retirada de suas tropas do território libanês. “Mas os anos subsequentes ensinariam a Israel que a história do Líbano era muito mais complexa do que eles haviam pensado”<sup>366</sup>. Por causa da ocupação israelense em território palestino, soldados israelenses sofriam ataques próximos à fronteira com o Líbano praticamente todas as vezes em que as tensões se intensificavam no território ocupado. Em 12 de julho de 2006, em uma dessas investidas transfronteiriças no território de Israel após um ataque israelense contra a facção palestina do Hamas, forças do Hezbollah atacaram soldados israelenses, dos quais três acabaram mortos no episódio e outros dois, levados cativos ao país vizinho. A resposta das Forças de Defesa Israelenses (FDI), dessa vez, seria contundente e imediata. A operação seria batizada de *True Promise* (“Verdadeira Promessa”). O que se seguiu foi uma guerra de trinta e três dias entre Israel e Líbano (ou, entre Israel e Hezbollah), que deixaria, ao final, mais de mil e cem mortos<sup>367</sup>, a esmagadora maioria do lado libanês.

A história da sociedade libanesa foi, em muitos períodos, marcada por profundas divisões de naturezas políticas, religiosas e até geográficas. Muitas facções não estatais operaram em seu território, buscando apoio externo na luta contra seus adversários internos. O

---

<sup>365</sup> A título de exemplo: QUIGLEY, John. The Afghanistan War and Self-Defense. *Valparaiso University Law Review*, vol. 37, n. 2, 2003; WILLIAMS, Ryan T. Dangerous Precedent: America’s Illegal War in Afghanistan. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 33, n. 2, 2011; CORTEN, 2010, *op. cit.*, pp. 462-465; PAUST, Jordan J. Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and beyond. *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2002; SHAH, Sikander Ahmed. War on Terrorism: Self Defense, Operation Enduring Freedom, and the legality of U.S. Drone Attacks in Pakistan. *Global Studies Law Review*, vol. 9, 2010.

<sup>366</sup> HAREL, Amos et ISSACHAROFF, Avi. *34 Days. Israel, Hezbollah, and the War in Lebanon*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 26. “But subsequent years were to teach Israel that the Lebanon story was much more complex than they had thought [...]”.

<sup>367</sup> MOUSAVI, Hamed. The Israel-Lebanon War of 2006 and the Failure of US Foreign Policy. *Journal of Politics and Law*, vol. 8, n. 1, 2015. p. 130.

Hezbollah foi um desses grupos, criado em meio à guerra civil libanesa (1975-1990)<sup>368</sup>. Ao longo de sua duradoura trajetória, a organização atravessou algumas fases caracterizadas por matizes distintos. Iniciou suas operações como uma milícia de revolucionários profissionais, cresceu e transformou-se, depois, em um Estado dentro do Estado. Por fim, na época da guerra israelo-libanesa, apresentava-se como um polêmico partido político: o “Partido de Deus”, com assentos no parlamento libanês. Conservou-se, em todo o tempo, sua vocação islâmica, bem como sua complexa e rígida estrutura organizacional de comando<sup>369</sup>.

O governo libanês, após os ataques de 12 de julho de 2006, distanciou-se, em um primeiro momento, das ações do Hezbollah, o que deu maior margem à resposta israelense. Contudo, quatro dias após a ofensiva de Israel, Fouad Siniora, primeiro-ministro do Líbano na ocasião, passou a condenar os ataques do país judaico e a exigir um imediato cessar-fogo na região<sup>370</sup>. De toda maneira, uma ação mais vigorosa por parte do governo foi prejudicada por força das significativas divisões no poder, o que enfraquecia, em geral, as autoridades competentes. Dito de outro modo, “[...] o governo libanês era fraco demais e incapaz de desafiar o Hezbollah.”<sup>371</sup> Alguns setores do governo mostravam-se pró-Hezbollah, uma vez que o grupo, representado no parlamento, também tinha certa participação governamental, mas outros se lhe opunham. As (des)conexões entre o

---

<sup>368</sup> AVON, Dominique *et* KHATCHADOURIAN, Anaïs-Trissa. *Hezbollah: a History of the “Party of God”*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 11. Segundo uma autodefinição do grupo: “We are the sons of the faction of God, and we consider ourselves an integral part of the Muslim nation in the world, facing the most arrogant assault of imperialism, from the West and from the East, whose aim is to drain it of the prophetic charge with which God has graced it. God graced it therewith so that it might become the best community that has appeared to humankind: it enjoins the good, forbids evil, and believes in God, and [arrogant imperialism has the aim] of alienating its property, its wealth, of exploiting the energies and skills of its children to take power in all its affairs” (p. 106).

<sup>369</sup> Para um fluxograma organizacional do Hezbollah, veja: *Ibidem*, p. 67.

<sup>370</sup> WILKINS, Henrietta. *The making of Lebanese foreign policy: understanding the 2006 Hezbollah-Israeli war*. New York: Routledge, 2013. pp. 100-101.

<sup>371</sup> MATTHEWS, Matt M. *We Were Caught Unprepared: The 2006 Hezbollah-Israeli War*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2008. p. 37. “[...] the Lebanese government was too weak and incapable of challenging Hezbollah”

grupo armado e o governo, portanto, eram sensivelmente ambíguas. O que se pode afirmar com menos inexatidão é que as forças governamentais libanesas, políticas e militares, viam-se “incapazes”, naquele momento, de confrontar as ações do Hezbollah contra Israel.

Em carta endereçada ao Conselho de Segurança no dia dos ataques, o governo de Israel justificou as medidas militares que seriam tomadas em território libanês, valendo-se da invocação da legítima defesa, com expressa menção ao artigo 51 da Carta das Nações Unidas:

Nesta manhã, terroristas do Hezbollah dispararam uma salva de artilharia pesada e mísseis em Israel, causando um número de mortes. No meio desse ato horroroso e não provocado, os terroristas se infiltraram em Israel e sequestraram dois soldados israelenses, levando-os ao Líbano. A responsabilidade desse ato beligerante é do Governo do Líbano, de cujo território tais atos foram perpetrados contra Israel. A responsabilidade também recai sobre o Governo da República Islâmica do Irã e da República Árabe da Síria, que apoiam e encorajam aqueles que conduziram esse ataque. Esses atos representam uma grave ameaça não apenas à fronteira norte de Israel, mas também à região e ao mundo inteiro. A inaptidão e inação do Governo do Líbano levou a uma situação na qual ele não exerceu jurisdição sobre seu próprio território por muitos anos.

[...]

O ato de hoje é uma clara declaração de guerra

[...]

[...]

Israel, portanto, reserva seu direito de agir de acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas e exercer seu direito de legítima defesa quando um ataque armado é realizado contra um Membro das Nações Unidas. O Estado de Israel irá tomar as ações apropriadas para garantir a libertação dos soldados sequestrados e pôr fim ao bombardeio que aterroriza nossos cidadãos.<sup>372</sup>

---

<sup>372</sup> Doc. da ONU: A/60/937 e S/2006/515. “This morning, Hezbollah terrorists unleashed a barrage of heavy artillery and rockets into Israel, causing a number of deaths. In the midst of this horrific and unprovoked act, the terrorists

O argumento apresentado, porém, não se mostrou livre de ambiguidades. Israel, ao mesmo tempo em que disse ter sido vítima de um ato de guerra, invocando a responsabilidade do Governo do Líbano por sua inaptidão e inação, afirmou dias mais tarde que seu conflito não era contra o país vizinho, em si, mas contra o terror que ali havia se instalado, não obstante por permissão do governo:

Israel não tem disputa com o Líbano. Israel não tem batalha com o Líbano. Israel não tem guerra com o Líbano. [...] Israel jamais teve em sua história qualquer demanda sobre o Líbano, nem sobre sua soberania nem sobre seu território, nem sobre seu direito de existir em nossa região como um Estado livre, vibrante, orgulhoso e próspero. Israel tem sido repetidamente compelido a agir não contra o Líbano, mas contra as forças e a monstruosidade de que o Líbano permitiu a si mesmo ser feito refém. [...] O Líbano se permitiu ser feito refém por terroristas do pior tipo [...]. Por que Israel está agindo contra o Líbano? [...] Israel está lá apenas para proteger a si mesmo contra um ruidoso ato de guerra, o sequestro de seus cidadãos e o bombardeio de suas cidades e vilarejos [...].<sup>373</sup>

---

infiltrated Israel and kidnapped two Israeli soldiers, taking them into Lebanon. Responsibility for this belligerent act of war lies with the Government of Lebanon, from whose territory these acts have been launched into Israel. Responsibility also lies with the Government of the Islamic Republic of Iran and the Syrian Arab Republic, which support and embrace those who carried out this attack. These acts pose a grave threat not just to Israel's northern border, but also to the region and the entire world. The ineptitude and inaction of the Government of Lebanon has led to a situation in which it has not exercised jurisdiction over its own territory for many years. [...] Today's act is a clear declaration of war [...] Israel thus reserves the right to act in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations and exercise its right of self-defence when an armed attack is launched against a Member of the United Nations. The State of Israel will take the appropriate actions to secure the release of the kidnapped soldiers and bring an end to the shelling that terrorizes our citizens."

<sup>373</sup> Doc. da ONU: S/PV.5503, de 31 de julho de 2006. "Israel has no quarrel with Lebanon. Israel has no battle with Lebanon. Israel has no war with

Lida abstratamente, a tese jurídica implícita na carta de Israel ao Conselho de Segurança era a de que um governo torna-se, *ipso facto*, responsável por ataques de grupos armados não estatais que se originam dentro de seu território quando é “incapaz” de reprimir as ameaças internacionais representadas por tais grupos. Assim, se o Hezbollah ataca Israel por força da “inaptidão e da inação do governo do Líbano”, o artigo 51 da Carta autoriza, na visão israelense, o uso da força em território libanês para contra-atacar o grupo não estatal, sem necessidade de obter o consentimento do Estado cujo território será violado. Dispensa-se, nessa perspectiva, qualquer envolvimento mais concreto do Estado territorial (*host State*) com o grupo armado que perpetrou um ataque – seja em forma de controle efetivo do grupo, seja de mero apoio logístico e financeiro –, bastando, para fins de ação em legítima defesa, que o Estado seja incapaz de controlar as ações armadas do grupo não estatal que se desenvolvem a partir de seu território.

Essa interpretação contrariava, tal qual o precedente anteriormente analisado, o entendimento da Corte Internacional de Justiça, em especial no caso *Nicarágua*, em que, para que se verificasse a existência do direito à legítima defesa, seria necessário provar, conforme leitura do artigo 3(g) da Definição de Agressão da Assembleia Geral, um “envolvimento substancial” do Estado nas ações do grupo armado, ou que este tivesse sido “enviado” por tal Estado. Em outras palavras, exigia-se um “envolvimento positivo” por parte do Estado, e não apenas uma passividade ou incapacidade, isto é, um “envolvimento negativo”. Na verdade, era indispensável demonstrar que o Estado territorial (*host State*) estivesse envolvido de forma grave nos atos armados praticados pelo grupo, de modo que o mero apoio logístico, armamentista ou financeiro, bem como a incapacidade de conter o grupo, seriam insuficientes para responsabilizar o Estado pelos ataques armados da facção.

---

Lebanon. [...]. Israel has never, ever had in its history any claim over Lebanon, neither over its sovereignty nor over its territory nor over its right to exist in our region as a free, vibrant, proud and prosperous State. Israel has repeatedly been compelled to act not against Lebanon, but against the forces and the monstrosity which Lebanon has allowed itself to be taken hostage by. [...] Lebanon has allowed itself to be taken hostage by terrorists of the worst kind [...]. Why is Israel acting against Lebanon? [...] Israel is there only to protect itself against a blatant act of war, the kidnapping of its soldiers and the shelling of its cities and its towns by thousands of rockets [...].”

Em suma, o que se viu relativizado no precedente ora abordado foi o critério de responsabilização do Estado pelos atos armados dos grupos não estatais, que, na visão da Corte, apresenta-se, de certo modo, rígido (*envio, envolvimento substancial ou controle efetivo do grupo*), e, na visão de Israel (e também dos Estados Unidos), mostra-se elástico (*apoio, abrigo, inaptidão, inação, tolerância das atividades*). Aqui, encontramos-nos no ponto fulcral dessa dissertação, e visualizamos, na prática, o amplo espectro de critérios de responsabilização que se avançam nessas ocasiões.

A resposta internacional à invasão israelense do Líbano foi difusa. De um lado, com base em amplas informações reunidas em um estudo realizado por Corten<sup>374</sup>, alguns Estados apoiaram o direito de Israel a defender a si mesmo na ocasião<sup>375</sup>. Alguns, ainda, condenaram os ataques como desproporcionais<sup>376</sup>. Outros, porém, opuseram-se de modo veemente ao que chamaram de ato de “agressão” por parte de Israel contra o Líbano<sup>377</sup>. Observa-se, aqui, de modo colateral, que a divisão foi distribuída, em certa medida, de acordo com o espectro político: amigos e inimigos. De longe, vê-se que as reações aos fatos de 2006, no Líbano, foram significativamente mais fragmentadas que aquelas apresentadas aos eventos de 2001, no Afeganistão. O fato se deu, provavelmente, por causa da diferença na gravidade dos ataques praticados nos Estados que invocaram a legítima defesa – em um caso, mais de três mil civis mortos no maior atentado da história recente; em outro, três soldados mortos e dois sequestrados, situação que, conforme análise da Corte no caso *Nicarágua*, situa-se sobre a tênue linha que separa um ataque armado de um mero incidente de fronteira.

---

<sup>374</sup> CORTEN, Olivier. p. 136. Self-Defense against Terrorists: What Can be Learned from Recent Practice (2005-2010)? *Journal of International Law and Diplomacy*, 2010b.

<sup>375</sup> Brasil, Estados Unidos da América, Argentina, Peru, Gana, Reino Unido, Dinamarca, França, Grécia, Noruega, Austrália, Djibouti, Turquia, Guatemala, Canadá; Finlândia, União Europeia, Bulgária, Romênia, Croácia, Macedônia, Albânia, Bósnia e Herzegovina, Sérvia, Islândia, Ucrânia, Bélgica e Moldávia. Doc. da ONU: S/PV.5493 (Resumption 1).

<sup>376</sup> Peru, Grécia, México, Chile, Rússia, Argentina, Japão, Qatar, Tanzânia, França, Suíça, Noruega, Jordânia, Nova Zelândia, Marrocos. Docs. da ONU: S/PV.5488; S/PV.5489; S/PV.5493.

<sup>377</sup> Liga Árabe, Organização da Cooperação Islâmica, Movimento dos Não-Alinhados. Para uma análise mais minuciosa: CORTEN, *op. cit.*, 2010b, pp. 136-138.

### 3.2.3. Colômbia no Equador (2008): *Operación Fenix*

O território colombiano, no século XX, foi palco de sangrentos conflitos entre grupos políticos, revolucionários e criminosos das mais diversas origens e naturezas. O conflito armado mais longo do continente americano – e o único que persiste até hoje – tem lugar na Colômbia e é protagonizado pelas *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC). Na década de 1960, os ataques do governo colombiano contra organizações populares de autodefesa fizeram com que muitas delas se transformassem em guerrilhas. As origens das FARC, especificamente, remontam aos anos 20, no contexto de revoltas camponesas sob a direção do Partido Comunista. Porém, o grupo somente viria a se consolidar enquanto guerrilha oposta ao Estado em 1964, após um ataque em resposta às ofensivas das forças estatais<sup>378</sup>.

O movimento resistiria ao tempo. Na última década do século passado, os camponeses ligados às FARC tornaram-se mais firmemente ligados ao cultivo de plantas utilizáveis na produção de narcóticos, tornando ainda mais complexo o cenário do país, diante da ascensão do narcoterrorismo. No momento em que essa dissertação é escrita, ouvem-se notícias sobre a consolidação de um histórico acordo de paz entre o governo da Colômbia e as FARC, com a possibilidade de dissolução do grupo como organização armada, transformando-se em partido político<sup>379</sup> – ao povo coube dizer.

Em março de 2008, um episódio ocorrido na fronteira entre Colômbia e Equador fez com que as tensões regionais fossem perigosamente intensificadas. A partir de um informante militar anônimo<sup>380</sup>, o governo colombiano obteve informações de que Raúl Reyes, número dois na cadeia de comando das FARC, encontrava-se no território do Equador, em um acampamento a 1800m da fronteira com a Colômbia. Em uma operação conjunta, denominada *Fenix*, forças colombianas da Polícia, do Exército e da Força Aérea Nacional, realizaram uma breve incursão transfronteiriça no país vizinho, no dia 1º

---

<sup>378</sup> PALACIOS, Marco *et* SAFFORD, Frank. *Colombia: Fragmented Land, Divided Society*. New York: Oxford University Press, 2002. pp. 356-357.

<sup>379</sup> Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-09/temer-vai-colombia-para-assinatura-de-acordo-de-paz-com-farc>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>380</sup> Disponível em: <http://www.emol.com/noticias/internacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=294660>. Acesso em setembro de 2016.

de março de 2008, matando em torno de vinte pessoas, incluindo Reyes<sup>381</sup>. O ataque possibilitou, ainda, a captura de volumosas informações armazenadas no computador pessoal do comandante das FARC assassinado<sup>382</sup>.

No dia seguinte, a Presidência colombiana emitiu nota justificando suas ações com base no direito à legítima defesa:

[...] a Colômbia não violou soberania, mas agiu de acordo com o princípio da legítima defesa.

Os terroristas, entre eles ‘Raúl Reyes’, tinham o costume de assassinar na Colômbia e invadir o território dos países vizinhos para refugiar-se. Muitas vezes a Colômbia passou por essas situações, que estamos obrigados a evitar em defesa de nossos cidadãos.<sup>383</sup>

Imediatamente, seguiu-se uma reação enérgica por parte do presidente do Equador, Rafael Correa, contando com o apoio do venezuelano Hugo Chávez. Ambos suspenderam as relações diplomáticas com a Colômbia e ordenaram o posicionamento de tropas militares junto à fronteira colombiana<sup>384</sup>. Além disso, reações negativas e críticas se seguiram por parte da comunidade internacional<sup>385</sup>. A

---

<sup>381</sup> LAROSA, Michael J. et MEJÍA, Germán R. *Colombia: A Concise Contemporary History*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2012. p. 384.

<sup>382</sup> WALSH, Frank M. Rethinking the Legality of Colombia’s Attack on the FARC in Ecuador: a New Paradigm for Balancing Territorial Integrity, Self-Defense and the Duties of Sovereignty. *Pace International Law Review*, vol. 21, 2009.

<sup>383</sup> Comunicado n. 081. *Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia*. “El Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Defensa Nacional en el día de hoy responderán la nota de protesta del Gobierno de la hermana Republica del Ecuador. Por lo pronto, anticipamos que Colombia no violó soberanía sino que actuó de acuerdo con el principio de legítima defensa. Los terroristas, entre ellos ‘Raúl Reyes’, han tenido la costumbre de asesinar en Colombia e invadir el territorio de los países vecinos para refugiarse. Muchas veces Colombia ha padecido estas situaciones que estamos obligados a evitar en defensa de nuestros ciudadanos.” Disponível em: <http://historico.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/81.html>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>384</sup> WALSH, *op. cit.*, 2009, p. 138.

<sup>385</sup> *Ibidem*.



Organização dos Estados Americanos, dias depois, aprovou uma resolução expressando firme oposição aos ataques e rejeitando a justificativa avançada pela Colômbia:

CONSIDERANDO:

Que na manhã de sábado, 1º de março de 2008, forças militares e policiais da Colômbia entraram no território do Equador, na província de Sucumbíos, sem o consentimento expresso do Equador para conduzir uma operação contra membros de um grupo irregular das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia que estavam clandestinamente acampados no lado equatoriano da fronteira;

Que esse ato constitui uma violação da soberania e da integridade territorial do Equador e de princípios do direito internacional;

[...]

RESOLVE

1. Reafirmar o princípio de que o território de um Estado é inviolável e não pode ser objeto, mesmo temporariamente, de ocupação militar ou de outras medidas de força tomadas por outro Estado, direta ou indiretamente, e quaisquer que sejam os argumentos. [...] <sup>386</sup>

Os chefes de Estado e de Governo do Grupo do Rio, formado por 24 países, emitiram declaração conjunta similar, condenando a violação da integridade territorial do Equador pelas forças colombianas<sup>387</sup>. Por

---

<sup>386</sup> Doc. da OEA: CP/RES.930 (1632/08). “CONSIDERING: That on the morning of Saturday, March 1, 2008, military forces and police personnel of Colombia entered the territory of Ecuador, in the province of Sucumbíos, without the express consent of the government of Ecuador to carry out an operation against members of an irregular group of the Revolutionary Armed Forces of Colombia who were clandestinely encamped on the Ecuadorian side of the border; That that act constitutes a violation of the sovereignty and territorial integrity of Ecuador and of principles of international law; [...] RESOLVES 1. To reaffirm the principle that the territory of a state is inviolable and may not be the object, even temporarily, of military occupation or of other measures of force taken by another State, directly or indirectly, on any grounds whatsoever.”

<sup>387</sup> *Declaração dos Chefes de Estado e de Governo do Grupo do Rio sobre os acontecimentos recentes ocorridos entre o Equador e a Colômbia*. 7 de março

outro lado, os Estados Unidos da América, “cooperador próximo” do governo da Colômbia nas estratégias contra o narcoterrorismo e as guerrilhas revolucionárias, apoiaram a ofensiva colombiana contra o território equatoriano<sup>388</sup>.

Em análise preliminar, nota-se que a Colômbia referiu-se, em sua justificativa ao Equador, mais aos terroristas que ao Estado que em teoria os abrigava. Não ficou de todo claro se o exercício do direito à legítima defesa foi invocado em face do Equador ou exclusivamente contra as FARC<sup>389</sup>. Parece, no entanto, que a compreensão jurídica implícita na manifestação colombiana é a de que existe um direito à autodefesa de um Estado contra grupos terroristas que praticam ataques a partir do território de outros países, ainda que suas ações não estejam conectadas com o apoio do Estado dentro de cujas fronteiras se encontram. Em nenhum momento o Equador foi culpado pelos ataques, muito embora tenham-se questionado certas conexões entre Rafael Correa e as FARC. Em geral, viu-se que a Colômbia fez questão de não responder aos movimentos militares equatorianos e venezuelanos na mesma moeda<sup>390</sup>, tratando os países vizinhos como “povos irmãos”, e demonstrando que sua insurgência destinava-se apenas ao grupo de terroristas que acampavam próximos à fronteira – os quais, na verdade,

---

de 2008. Disponível em: [http://scm.oas.org/doc\\_public/PORTUGUESE/HIST\\_08/CP19791P09.doc](http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_08/CP19791P09.doc).

Acesso em setembro de 2016.

<sup>388</sup> Comunicado n. 089. *Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia*. “El Gobierno de Colombia agradece al Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, sus amables palabras de solidaridad con nuestro país en la lucha contra el terrorismo y la consolidación de la política de Seguridad Democrática.” Disponível em:

<http://historico.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/89.html>. Acesso em setembro de 2016. A respeito, ver também: <http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2008/122435.htm>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>389</sup> Fez-se, inclusive, menção expressa ao artigo 51 da Carta da ONU. VÁSQUEZ, Judith C. et COGHLAN, Juan Carlos A. *Crisis Colombia-Ecuador*. Disponível em: [http://www.aeic2012tarragona.org/comunicacion\\_cd/ok/369.pdf](http://www.aeic2012tarragona.org/comunicacion_cd/ok/369.pdf). p. 3.

<sup>390</sup> Comunicado n. 083. Disponível em: <http://historico.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/83.html>. Acesso em setembro de 2016.

eram considerados pela Colômbia uma ameaça não somente contra si, mas a todos os países da região<sup>391</sup>.

É mais clara nesse precedente, em comparação com os anteriormente analisados, a oposição dos Estados não envolvidos às ações do Estado que invocou o direito à autodefesa. É bem possível que a discrepância se deva, sobretudo, à ausência, em momento imediatamente anterior à ofensiva colombiana, de qualquer ataque em território colombiano por parte das FARC. Como exposto acima, tudo partiu de um informante militar anônimo. A resposta teve mais características de ofensiva armada do que de resposta defensiva, acionada por uma ameaça ou ataque anterior. Por esse motivo, parece não ser fácil conectar a rejeição de terceiros Estados à conduta da Colômbia com a oposição à validade, em abstrato, de uma doutrina de legítima defesa contra ataques terroristas, e, sim, mais ao fato de que não havia ataque armado a autorizar qualquer ação em legítima defesa.

Isso fica evidente quando se constata, por exemplo, que, em 2001, na operação *Enduring Freedom*, a Organização dos Estados Americanos havia sido absolutamente favorável ao direito de autodefesa dos Estados Unidos contra o ataque da Al-Qaeda no Afeganistão; já em 2008, a mesma Organização condenou o ataque colombiano contra as FARC no Equador. O Brasil, entre outros países do Grupo do Rio, também, apesar de ter apoiado os Estados Unidos em 2001, condenou a ação colombiana em 2008.

É de se considerar seriamente, portanto, que a diferença das reações possa estar ligada mais ao que ocorreu no domínio dos fatos (a ausência de um ataque imediatamente anterior, e de escala grave, no caso colombiano) do que a um determinado entendimento dos Estados sobre a doutrina da autodefesa contra terroristas, *in abstrato*. De todo modo, a doutrina, tal como nos outros casos, tem dificuldade de chegar a um consenso acerca do que, juridicamente, pode ser extraído do episódio, como se verá nas subseções a seguir.

\*

Do exame acima realizado, emerge a nítida impressão de que os principais casos e precedentes da prática internacional recente não oferecem clara resposta jurídica às inquietações que se relacionam ao

---

<sup>391</sup> Comunicado n. 085. Disponível em: <http://historico.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/85.html>. Acesso em setembro de 2016.

exercício do direito à legítima defesa em face de ataques terroristas, praticados por grupos armados não estatais. Muitas são as variáveis que contribuem para a complexidade do panorama. As situações estudadas possuem especificidades fáticas que dificilmente permitem aproximá-las até as últimas consequências. As reações das partes não envolvidas são difusas e, por vezes, até aparentemente contraditórias. Há outros precedentes, evidentemente, mas menores e que também pouco contribuem para o esclarecimento da questão. Os julgamentos da Corte Internacional de Justiça, conforme as palavras do juiz Bruno Simma, são, especialmente neste assunto, problemáticos menos por aquilo que dizem do que pelo que deixam em aberto, de modo que, ainda que estabeleçam uma linha restritiva, também dão margem à formação de zonas cinzentas e interpretações divergentes acerca do mesmo caso. Ademais, a falta de consenso entre os juízes, nessa matéria, enfraquece a voz da maioria. As implicações políticas conectadas ao uso da palavra *terrorismo* tornam a questão ainda mais sensível, fazendo com que grandes Estados não tenham interesse de que se construa uma interpretação autoritativa e bem delineada sobre o assunto – em outras palavras, a *indeterminação estrutural* do direito internacional aparece, aí, em toda a sua força, e atinge em cheio o tema em análise, uma vez que toca regiões estratégicas do espectro político internacional, dividindo a doutrina jurídica pelo fio da categoria do político: amigo/inimigo. E na doutrina especializada, por sua vez, que será doravante examinada em recortes de sua expressão recente (2001-2016), o terreno não se apresenta menos movediço. O leque de respostas é bastante diversificado, tanto quanto o de perguntas. As tentativas de racionalizar a prática esbarram em divergências metodológicas, bem como em diferenças fundamentais sobre a natureza do direito internacional e, especificamente, da proibição ao uso da força na comunidade internacional. Os argumentos e os raciocínios se multiplicam, em busca de um ponto de partida e, ao mesmo tempo, um norte, que sejam seguros, possíveis e coerentes.

### **3.3. O estado da arte na doutrina: correntes restritiva e extensiva**

Antes de adentrarmos ao estudo do pensamento jurídico internacional nesta seara, uma nota introdutória. Há, basicamente, dois

caminhos<sup>392</sup> para abordar juridicamente, na teoria do direito internacional, o fenômeno do uso da força estatal em legítima defesa contra grupos armados não estatais. O primeiro envolve a utilização de conceitos oriundos do direito da responsabilidade internacional. Assim, por exemplo, diz-se que haverá direito à legítima defesa se o ataque armado do artigo 51 da Carta puder ser *atribuído* a um Estado, mediante *critérios específicos* emprestados do ramo das normas secundárias do direito internacional – ou seja, fala-se de *atribuição de conduta*, uma operação normativa que pertence à essência da responsabilidade internacional. Essa vertente diz respeito à aplicação *indireta* das normas internacionais aos grupos não estatais, tal qual explanado no primeiro capítulo deste trabalho, pois implica no fato de que a norma citada somente alcançará a entidade não estatal se a conduta em questão for, em última instância, atribuída a um Estado. Por outro lado, pode-se abordar o problema de modo que a análise se restrinja ao *jus ad bellum* ou *jus contra bellum*, contexto em que o exercício do direito à legítima defesa contra um grupo armado não pressupõe a atribuição do respectivo ataque armado a um Estado, confinando-se a operação normativa à conduta da própria entidade não-estatal. Nesse caso, o direito à autodefesa existirá na medida em que a complacência ou o apoio do Estado em cujo território o grupo armado opera justifique a violação da sua soberania que decorre do uso da força contra a entidade não estatal em seu território. Esse último viés se relaciona com a aplicação *direta* das normas internacionais do direito internacional aos grupos armados, pois o conceito de *ataque armado* do artigo 51 aplica-se, aí, diretamente à conduta de entidades não estatais. Feitas essas observações, é importante que se mantenha essa cisão em mente durante toda a análise doutrinária que doravante será apresentada, pois facilmente os argumentos deslizam de uma instância para outra, correndo o risco de tornar ainda menos clara uma questão já complicada. Além disso, muito embora exista um amplo espectro de doutrina a respeito da matéria, esta subseção será estruturada, por razões didáticas, a partir de dois polos extremos da doutrina contemporânea: concepções restritivas e

---

<sup>392</sup> Há vários caminhos, na verdade. Elege-se aqui um dentre os muitos modelos de raciocínio possíveis. Essa divisão dicotômica encontra-se claramente explanada no estudo de MILANOVIC, Marko. Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum. *Blog of the European Journal of International Law*, 21 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/self-defense-and-non-state-actors-indeterminacy-and-the-jus-ad-bellum/>. Acesso em setembro de 2016.

concepções extensivas, adotando-se, neste particular, classificação amplamente utilizada pela doutrina especializada<sup>393</sup>. Certamente, nenhuma dessas concepções é cem por cento pura.

\*

É a partir de uma interpretação rígida da proibição geral ao uso da força no direito internacional que se estruturam as concepções da denominada *corrente restritiva*<sup>394</sup> da doutrina contemporânea. Para os autores dessa vertente, exceções devem ser tratadas como exceções. O âmbito de aplicação das categorias excepcionais deve ser restritivamente interpretado, pois uma leitura ampla das exceções à regra geral faria com que, no fim do dia, não houvesse mais regra. Assim, se o artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas proíbe o uso da força como norma geral, o artigo 51, que lhe prevê uma exceção, deve ser invocado com a cautela necessária à preservação do sistema estabelecido pela Carta, ou seja, como *ultima ratio*, evitando-se tanto quanto possível a derrogação casuística da vedação geral e, igualmente, o desprezo da multilateralidade em torno da qual orbita o sistema de segurança coletiva ali estruturado.

Das linhas gerais brotam as conclusões específicas. Como consequência da concepção acima delineada, as principais teses dessa corrente que interessam especificamente ao nosso trabalho podem ser assim resumidas: (a) o sistema normativo da Carta é essencialmente interestatal e, portanto, suas disposições não são diretamente aplicáveis à conduta de grupos armados; (b) para que um direito à legítima defesa exista, nos termos do artigo 51, contra uma entidade não estatal, é preciso que o *ataque armado* que lhe deu origem seja atribuído a um Estado de acordo com uma operação normativa baseada nos critérios (gerais) do direito da responsabilidade internacional, os quais conduzem

---

<sup>393</sup> Apenas a título de exemplo: GRAY, *op. cit.*, 2008; CORTEN, Olivier. The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate. *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 5, 2006. pp. 803-822; KAJTÁR, Gábor. Self-Defence Against Non-State Actors – Methodological Challenges. *Annales*, 2013. Disponível em: [https://www.ajk.elte.hu/file/annales\\_2013\\_13\\_Kajtar.pdf](https://www.ajk.elte.hu/file/annales_2013_13_Kajtar.pdf). Acesso em outubro de 2016.

<sup>394</sup> Muito embora existam inúmeras obras vinculadas a essa corrente, duas obras, em especial, serão tomadas, aqui, como marcos teóricos da concepção restritiva ora analisada: CORTEN, *op. cit.*, 2010; GRAY, *op. cit.*, 2008.

à necessidade de estabelecer-se uma *forte conexão* entre o grupo armado e o Estado que o abriga para que a atribuição seja possível; (c) eventual alteração costumeira do conteúdo da proibição ao uso da força necessitaria de uma prática reiterada e abrangente dos Estados, acompanhada de inequívoca *opinio juris*, mudança que deve ser analisada com método rígido, pois, do contrário, estar-se-ia relativizando o núcleo duro da força normativa do artigo 2(4) da Carta, que possui caráter *jus cogens*. Esses três pontos serão desdobrados a seguir, com referência às interpretações específicas que os autores dessa vertente possuem acerca do *case-law* e dos precedentes apresentados nas subseções anteriores.

Por outro lado, a *vertente extensiva*<sup>395</sup> parte de uma interpretação flexível do princípio do não uso da força no direito internacional e, por consequência, faz uma leitura ampla do âmbito de incidência das exceções à regra geral. Assim, não somente é possível utilizar a força legalmente sob o argumento da legítima defesa (artigo 51) e sob autorização do Conselho de Segurança (artigo 42), exceções expressamente previstas na Carta das Nações Unidas, mas, também, para a realização de intervenções de caráter humanitário, para combate ao terrorismo ou para outros fins que não impliquem em afronta literal ao artigo 2(4), que, textualmente, proíbe o uso da força *apenas* contra a “integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado”, e não *em geral*.

Dessa abordagem geral, emanam as consequências específicas. Dentre elas, as teses de maior interesse à pesquisa ora realizada podem ser resumidas da seguinte forma: (a) a proibição ao uso da força e o direito à legítima defesa incidem, também, por via do direito consuetudinário, nas relações dos Estados com grupos armados não estatais, os quais são capazes de perpetrar um *ataque armado* no sentido do artigo 51 da Carta; (b) a verificação do direito à autodefesa do Estado atacado por um grupo armado não depende da atribuição da conduta desse grupo a um terceiro Estado, mas se dá diretamente, e, assim, não pressupõe uma forte conexão – ou, às vezes, não depende de nenhuma ligação – entre o grupo armado e o governo do Estado em cujo território ele opera; (c) as normas que regulam o uso da força no direito

---

<sup>395</sup> Muito embora existam inúmeras obras vinculadas a essa corrente, duas obras, em especial, serão tomadas, aqui, como marcos teóricos da concepção extensiva ora analisada: DINSTEIN, *op. cit.*, 2005; FRANCK, Thomas M. *Recourse to Force. State Actions Against Threats and Armed Attacks*. New York: Cambridge University Press, 2004.

internacional foram redigidas em 1945, mas, diante das grandes mudanças ocorridas nesses setenta anos de história, e em especial após os atentados de 11 de setembro de 2001, as regras lá formuladas mostraram-se obsoletas e, por força das necessidades emergentes, vêm sendo consuetudinariamente adaptadas à nova realidade da comunidade internacional.

Diante do exposto, os próximos três pontos deste capítulo destinam-se à realização de um cotejo analítico entre as três teses principais das doutrinas expostas acima, na tentativa de dissecar as posições que se contradizem entre si, a fim de que sejam trazidos à discussão os argumentos de cada uma, com vistas a uma melhor compreensão do debate e à formação de conclusões mais bem fundamentadas.

### **3.3.1. O debate no âmbito das normas primárias: os limites subjetivos do *jus contra bellum***

*Concepção restritiva.* Na perspectiva da aplicação direta das normas internacionais aos grupos armados, o ponto de partida da escola restritiva é o de que as regras jurídicas sobre o uso da força na comunidade internacional, pelo menos no domínio do *jus ad bellum*, são aplicáveis somente à conduta dos Estados entre si. O artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas afirma, textualmente, que “[t]odos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”<sup>396</sup>. Extrai-se daí que, pela via do tratado, o dever de não utilizar a força é de um *membro* da ONU em face *de qualquer Estado*. Em outras palavras, é uma obrigação de Estado para Estado. E, ainda, vê-se a expressão *em suas relações internacionais*, que denota a inaplicabilidade da norma às relações entre Estados e grupos políticos na sociedade nacional. O mesmo se dá com a norma costumeira, uma vez que admitimos que sua aplicação somente tem lugar entre os sujeitos de direito da comunidade internacional, isto é, aquelas entidades que

---

<sup>396</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em setembro de 2016.



possuem personalidade jurídica internacional<sup>397</sup>, que certamente não é o caso dos grupos armados não estatais.

Na análise de Olivier Corten, não há dúvida de que o escopo da proibição inserta no artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas não alcança a conduta de entes não estatais:

A expressão ‘relações internacionais’ utilizada em todos os grandes textos que definem a proibição do uso da força não deveria ser compreendida como aplicável às relações entre ‘nações’ no sentido amplo. Uma ‘minoría nacional’ vivendo no território de um Estado não poderia, portanto, invocar a proibição estabelecida no artigo 2(4) da Carta. Pelo contrário, esse artigo destina-se apenas a governar o uso da força entre Estados e permanece silente sobre a legalidade do uso da força no interior de um Estado em particular; uma tentativa de secessão, por exemplo, não é nem autorizada nem proibida pelo artigo 2(4). Nesse sentido, pode-se dizer que a guerra civil é fundamentalmente alheia às regulações sobre o uso da força.<sup>398</sup>

A mesma visão é compartilhada por Christine Gray, para quem “é notório que o artigo 2(4), redigido em resposta à Segunda Guerra Mundial, destinou-se a conflitos interestatais”<sup>399</sup>. Os autores baseiam sua visão em declarações feitas nos *travaux préparatoires* da Carta e de

---

<sup>397</sup> “Pessoas internacionais são, por conseguinte, ‘os destinatários das normas jurídicas internacionais’ [...] A pessoa física ou jurídica a quem a ordem internacional atribui direitos e deveres é transformada em pessoa internacional, isto é, sujeito de [Direito Internacional]”. MELLO, *op. cit.*, 2002, pp. 329-330.

<sup>398</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010, p. 127. “The expression ‘international relations’ used in all major texts defining the prohibition of the use of force should not be understood as applying to relations between ‘nations’ in the broad sense. A ‘national minority’ living in the territory of a State could not rely on the prohibition set out in article 2(4) of the Charter. On the contrary, that article purports only to govern the use of force between States and remains silent about the lawfulness of the use of force within any particular State; attempted secession, for example, being neither authorised nor prohibited by article 2(4). In this sense, it can be said that civil war is fundamentally alien to the regulations on the use of force.”

<sup>399</sup> GRAY, *op. cit.*, 2008, p. 67. “It is notorious that Article 2(4), drafted in response to the Second World War, was addressed to inter-state conflicts”.

instrumentos normativos<sup>400</sup> que, nos anos seguintes, tencionaram definir o uso da força no direito internacional, bem como na prática dos Estados<sup>401</sup>, os quais não fazem referência ao artigo 2(4) para condenar o uso da força entre terceiros Estados e grupos não estatais<sup>402</sup>.

Alude-se ainda, nesse contexto, à interpretação restritiva levada a efeito pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua*, segundo a qual o apoio de um Estado a um grupo armado não é suficiente para dar ensejo à legítima defesa por parte do Estado atacado pelo grupo, e, igualmente, à breve passagem sobre o tema presente na opinião consultiva da Corte no caso da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (2003)<sup>403</sup>, em que os juízes afirmaram que “[o] artigo 51 da Carta, [...] reconhece a existência de um direito inerente à legítima defesa no caso de *um ataque armado por um Estado contra outro Estado*” (grifo adicionado), interpretando o *dictum* no sentido de que, se o ataque parte de um grupo armado e não pode ser juridicamente atribuído a uma entidade estatal, o direito à legítima defesa do Estado atacado não deve ser reconhecido.

Para a doutrina restritiva, é também de caráter exclusivamente interestatal a previsão do artigo 3(g) da Definição de Agressão da Assembleia Geral de 1974, onde se encontra a possibilidade de existência de *agressão indireta*, consubstanciada no “envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de uma gravidade tal que sejam equiparáveis aos atos

---

<sup>400</sup> Por exemplo, a Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral da ONU, de 1970.

<sup>401</sup> Uma referência chave é a declaração do Movimento dos Não-Alinhados (118 Estados), em fevereiro de 2005: “The Non-Aligned movement emphasizes that Article 51 of the UN Charter is restrictive and recognizes ‘the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations’. This Article should not be re-written or re-interpreted. This is supported by the practice of the UN and in accordance with international law pronounced by the International Court of Justice, the principal judicial organ of the UN, concerning this question. The Non-Aligned Movement stresses its deep concern over the intention of a group of States to unilaterally re-interpret or re-draft the existing legal instruments, in accordance with their own views and interests. NAM reemphasizes that the integrity of international legal instruments must be maintained by Member States”. Doc. da ONU: A/59/565.

<sup>402</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010, p. 132.

<sup>403</sup> Ver acima. Capítulo 2, subseção 2.1.2.

acima enumerados, ou o fato de participar de uma forma substancial numa tal ação”. Na análise de Pierre Klein,

A agressão [...] não é comprovada enquanto não se puder mostrar que foi o Estado contra o qual se pretende agir em legítima defesa que enviou os grupos armados – ou que estes tenham sido enviados em nome desse Estado – ou que ele se encontra envolvido nessa ação “de maneira substancial”. [...] Logo, está claro que a noção de agressão é considerada na Resolução 3314 (XXIX) exclusivamente em um contexto de relações interestatais. Assim, os atos de pessoas ou de grupos não podem ser qualificados de atos de agressão senão na medida em que tais ações podem ser relacionadas a um Estado, seja em razão do impulso que ele deu a essas ações, seja de seu envolvimento substancial nelas. É somente nessas condições que o direito internacional tradicionalmente reconhece o direito de um Estado vítima de tais ações – aí compreendidas aquelas que podem ser chamadas de “terroristas” – de recorrer à força a título de legítima defesa em face do Estado que guiou ou se envolveu substancialmente na perpetração das hostilidades em causa.<sup>404</sup>

---

<sup>404</sup> KLEIN, Pierre. *Le Droit International à l'Épreuve du Terrorisme. Recueil des Cours*, 2006. pp. 372-373. “L’agression n’est donc avérée que si l’on peut montrer que c’est l’Etat contre lequel on prétend agir au titre de la légitime défense qui a envoyé les groupes armés — ou que ceux-ci ont été envoyés au nom de cet Etat — ou qu’il s’est impliqué ‘de manière substantielle’ dans leur action. [...] Il est donc clair que la notion d’agression est envisagée dans la résolution 3314 (XXIX) exclusivement dans un contexte de relations interétatiques. Ainsi, les actes de personnes ou de groupes ne peuvent être qualifiés d’actes d’agression que dans la mesure où ces actions peuvent être rapportées à un Etat, en raison soit de l’impulsion qu’il a donnée à ces actions, soit de son implication substantielle dans celles-ci. C’est seulement dans ces conditions que le droit international a traditionnellement reconnu le droit pour un Etat victime de telles actions — y compris lorsqu’elles peuvent être qualifiées de ‘terroristes’ —, de recourir à la force au titre de la légitime défense à l’encontre de l’Etat qui a guidé ou s’est engagé substantiellement dans la perpétration des actions hostiles en cause.”

Em resumo, os autores, aqui, entendem que é possível, sim, que um ataque armado (n sentido do artigo 51) seja realizado por uma entidade não estatal (tal como mencionado no julgamento do caso *Nicarágua*), mas desde que tal ataque seja, em última análise, atribuível a um Estado segundo as normas do direito da responsabilidade internacional, como se verá adiante. Em detrimento de um alargamento interpretativo do direito à defesa do Estado vítima do ataque, essa posição coloca maior ênfase sobre o direito do Estado que abriga o grupo armado à *não intervenção* de outro Estado em seu território, que somente deve ser relativizado em caso de conduta grave normativamente atribuível às autoridades governamentais<sup>405</sup>.

Por fim, ainda, na linha restritiva, sob a tipificação do artigo 3(g) da Resolução 3314 (XXIX), o Estado responde *por sua própria conduta* perante o Estado atacado, pois, por meio do envio de forças irregulares, pratica um *ato de agressão*, tal qual definido na Resolução, passível de resposta por legítima defesa. Em outras palavras, a norma que responsabiliza o Estado pelo *envio* de grupos armados por seu *envolvimento substancial* em ataques perpetrados por tais grupos em outros Estados não precisa necessariamente ser vista como uma norma de atribuição de conduta, mas uma hipótese em que o Estado responde por seus próprios atos de apoio a grupos armados. Na lição de Olivier Corten:

Nada impede, aparentemente, que se interprete o critério de “envolvimento substancial” como abrangendo apoio maciço a grupos armados que operam a partir do território do Estado em questão, sem que esse Estado participe efetivamente nas ações armadas em si. Nesse caso, o problema não reside mais na atribuição das atividades armadas conduzidas pelo grupo irregular a um Estado. Este último é diretamente responsável pelos atos de seus órgãos, que consistem em apoiar maciçamente grupos irregulares que conduzem operações militares no território de um ou de vários outros Estados.<sup>406</sup>

---

<sup>405</sup> CORTEN, Olivier. *La Rébellion et le Droit International: le Principe de Neutralité en Tension. Recueil des Cours*, 2014.

<sup>406</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010b, p. 150. “Nothing indeed appears to prevent interpreting the criterion of ‘substantial involvement’ as covering massive support for armed bands operating from the territory of the State in question,

Nesse caso, a diferença prática é a seguinte: o Estado que apenas *envia* ou se *envolve substancialmente* com o grupo armado não seria responsável por todas as eventuais violações do direito internacional cometidas por membros do grupo enviado, mas somente por sua própria conduta de *envio* ou de *envolvimento substancial* nas hostilidades *vis-à-vis* o Estado atacado, que, nos termos do artigo 3(g) da Resolução 3314 da Assembleia Geral, constitui um “ato de agressão”.

Para essa concepção, no fim das contas, as normas internacionais do uso da força, consideradas em seu conjunto unilateral e, sobretudo, multilateral, continuam perfeitamente aptas para responder às situações de ameaça neste novo século e, portanto, não necessitam ser “adaptadas a uma nova realidade”, como quer a linha extensiva. Essa assertiva se fundamenta principalmente na posição da maioria dos Estados reunidos na Assembleia Geral das Nações Unidas em 2005, no *World Summit*, em cujo documento final consignou-se o seguinte:

Nós reiteramos a importância de promover e fortalecer o processo multilateral e de responder aos problemas e desafios internacionais por meio da estrita observância à Carta e aos princípios do direito internacional, e enfatizamos nosso compromisso com o multilateralismo.

Nós reafirmamos que os dispositivos relevantes da Carta são suficientes para responder a toda a gama de ameaças à paz e à segurança internacionais. Nós reafirmamos, ainda, a autoridade do Conselho de Segurança para determinar ações coercitivas para manter e restaurar a paz e a segurança internacionais. Nós ressaltamos a importância de se agir de acordo com os propósitos e os princípios da Carta.<sup>407</sup>

---

without that State actually participating in the armed actions as such. In this case, the problem does not lie any more in the attribution of the armed activities carried out by the irregular group to a State. The latter is directly responsible for the acts of its organs, consisting in massively supporting irregular groups carrying out military operations on the territory of one or several other State(s).”

<sup>407</sup> A/RES/60/1. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>. Acesso em outubro de 2016. Parágrafos 78 e 79. “We reiterate the importance of promoting and strengthening the multilateral process and of addressing international challenges and problems by strictly abiding by the Charter and the principles of international law, and further stress our

*Concepção extensiva.* À medida que a doutrina restritiva enxerga o Estado como, em última análise, a única entidade capaz de ser sujeito ativo e também passivo do direito à legítima defesa, a corrente extensiva defende que as normas sobre o uso da força, e em especial o artigo 51 da Carta, comportam plena aplicação no contexto de ataques perpetrados por entidades não estatais, pois, no texto do mencionado dispositivo, não há menção expressa à necessidade de que o ataque armado tenha partido de um Estado.

Os autores de visão extensiva argumentam que, ainda que não de modo expreso, o uso da força é proibido pelo direito internacional costumeiro, o qual, nesse viés, vincula todos os atores que agem no plano internacional. Essa circunstância, além disso, decorreria da lógica do sistema, de prezar pela segurança pública, e valeria tanto na esfera pública quando na esfera privada, que inclui a conduta de grupos armados não estatais. Tsagourias é explícito nesse ponto:

O artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas apenas proíbe o uso da força por um Estado contra outro Estado; portanto, parece que o uso da força por atores não estatais permanece não regulado à medida que eles não são Estados ou membros da ONU, ou mesmo sujeitos de direito internacional. Essa conclusão, porém, não é possível, por várias razões. Primeiro, a organização de espaços públicos coincide com a supressão da violência privada e o exercício de violência legítima por autoridades públicas. A organização da ordem pública internacional, do mesmo modo, coincide com a supressão da violência privada. Isso veio com a teoria da ‘guerra justa’, de acordo com a qual o uso da força precisa ser sancionado por uma autoridade pública e com a Carta da ONU de onde a força deve emanar, ou ser autorizado pela ONU em si mesmo, uma autoridade pública.

---

commitment to multilateralism. [...] We reaffirm that the relevant provisions of the Charter are sufficient to address the full range of threats to international peace and security. We further reaffirm the authority of the Security Council to mandate coercive action to maintain and restore international peace and security. We stress the importance of acting in accordance with the purposes and principles of the Charter.”

Portanto, pode-se dizer seguramente que a violência privada é implicitamente proibida no direito internacional. Segundo, se a paz e a segurança são dois dos valores centrais que sustentam a ordem internacional, somente é razoável esperar que o uso da força por atores não estatais deva também ser proibido. [...] Terceiro, razões pragmáticas suportam a extensão da proibição sobre o uso da força a atores não estatais; eles possuem as capacidades e o poder de infligir sérios danos a Estados, e Estados podem encontrar-se envolvidos em um conflito armado com um ator não estatal. [...] O direito costumeiro internacional é o direito *à la carte* da ordem internacional que vincula todos os atores internacionais. Segue-se, portanto, que a regra costumeira que proíbe o uso da força se aplica aos atores não estatais, não enquanto plenos sujeitos do direito internacional mas enquanto atores internacionais, à medida que eles possuem capacidade de agir e suas ações possuem consequências no direito internacional.<sup>408</sup>

---

<sup>408</sup> TSAGOURIAS, Nicholas. Non-state actors in international peace and security: non-state actors and the use of force. In: D'ASPREMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*. New York: Routledge, 2011. pp. 1227-1230. "Article 2(4) of the UN Charter only prohibits the use of force by one state against another state; therefore it appears that the use of force by NSAs remains unregulated to the extent that they are not states or members of the UN, or even subjects of international law. Such a conclusion is however not warranted for several reasons. First, the organisation of public spaces coincides with the suppression of private violence and the exercise of legitimate violence by public authorities. The organisation of the international public order, likewise, coincides with the suppression of private violence. This came about with the 'just war' theory, according to which the use of force needs to be sanctioned by a public authority and with the UN Charter where force should emanate from, or be authorised by, a public authority, the UN itself. Thus, it can safely be said that private violence is impliedly prohibited in international law. Secondly, if peace and security are two of the core values that underpin the international order, it is only reasonable to expect that the use of force by NSAs should also be prohibited. [...] Thirdly, pragmatic reasons support the extension of the prohibition on the use of force to NSAs; they have the capabilities and the power to inflict serious damage to states, and states may find themselves engaged in an armed conflict with a NSA. [...] Customary international law is

A proibição do uso da força se aplicaria, portanto, aos atores não estatais, ainda que estes não sejam plenos sujeitos do direito internacional. O raciocínio se fundamenta na opinião da Corte Internacional de Justiça no famoso caso *Reparações por Danos Sofridos no Serviço das Nações Unidas* (1949), na clássica passagem em que ficou estabelecido que os sujeitos de direito internacional são diferentes entre si e não possuem, necessariamente, os mesmos direitos, e que a ideia de personalidade jurídica internacional é influenciada pelas *demandas da vida internacional*:

Os sujeitos de direito em qualquer sistema jurídico não são necessariamente idênticos em sua natureza ou na extensão de seus direitos, e a sua natureza depende das necessidades da comunidade. Ao longo de sua história, o desenvolvimento do direito internacional foi influenciado pelas demandas da vida internacional, e o aumento progressivo nas atividades coletivas dos Estados já deu origem a instâncias de ações sobre o plano internacional por certas entidades que não são Estados.<sup>409</sup>

Nesse ponto, a linha central dessa posição, refletida na opinião da Corte, é a noção de que as *necessidades da comunidade internacional* são o motor do desenvolvimento do direito internacional.

Com efeito, um dos principais motivos para que se defenda a existência do direito à legítima defesa contra o terrorismo é a alegada

---

the *à la carte* law of the international order that binds all international actors. It thus follows that the customary rule prohibiting the use of force applies to NSAs, not as full subjects of international law but as international actors, to the extent that they possess the capacity to act and their actions have international law consequences.”

<sup>409</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reparations of Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Opinião Consultiva de 11 de abril de 1949. p. 178. “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.”



*necessidade* de adaptar as normas internacionais, redigidas há mais de meio século, às “realidades de uma nova era”, onde as ameaças e os desafios são *sem precedentes* e, portanto, demandam uma nova regulamentação. A inquietação é movida por perguntas assim formuladas: “Como os Estados podem enfrentar essa nova ameaça? Se um país deve atacar atores não estatais, qual é o predicado apropriado para conduzir esse ataque no território de outro Estado? O atual estado do direito internacional é adequado para lidar com o fenômeno relativamente recente de organizações terroristas que possuem muitos dos indícios da estatalidade?”<sup>410</sup>

Advoga-se que o direito internacional do uso da força precisa ser atualizado diante das novas ameaças contra a paz e a segurança internacionais<sup>411</sup>. Nessa perspectiva, constata-se que os tempos mudaram, e que “os terroristas de hoje são bastante diferentes dos terroristas de ontem”, pois “não mais buscam atacar em pequenas escalas, ao contrário, buscam infligir tantas mortes quantas possíveis; sem distinguir entre combatentes e não combatentes”, de modo que “é razoável, ou mesmo necessário, sustentar que o direito internacional mudou com os tempos”<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> TRAVALIO, Greg *et* ALTENBURG, John. Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, n. 1, 2003. p. 98. “How can states counter this new threat? If a country is to attack nonstate actors, what is the appropriate predicate to conduct that attack on the territory of another state? Is the current state of international law adequately addressing the relatively recent phenomenon of nonstate terrorist organizations that have many of the indicia of statehood? [...] the precepts of state responsibility and the commonly accepted 19th century definition of anticipatory self-defense must be adapted to recognize the technological realities of the 21st century.”

<sup>411</sup> SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Les Nouvelles Menaces contre la Paix et la Sécurité*. Paris: Pédone, 2004.

<sup>412</sup> POPIEL, Mark P. Redrafting the Right of Self-Defense in Response to International Terrorism. *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 6, 2002-2003. p. 29. “What remains, however, is the fact that times have changed. Terrorists today are quite different from terrorists of yesterday. Terrorists no longer seek to attack on a small scale, to the contrary, they seek to inflict as many casualties as possible; without distinguishing between combatants and non-combatants. Accordingly, it is reasonable, or even necessary, to hold that International Law has changed with the times.” E outros autores acompanham: BYERS, Michael. Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, abril de 2002. pp. 401-414. “The events of 11 September have set in motion a

Nessa ótica, geralmente volta-se contra a “fria aplicação da lei”, advogando-se um “repensamento criativo das regras”<sup>413</sup>. Fala-se, ainda, de construir uma ponte unindo a legalidade à legitimidade, uma ponte entre o positivismo jurídico estrito e o senso comum de justiça<sup>414</sup>. Há situações, argue-se, em que o uso da força não será tecnicamente lícito sob o direito internacional, mas, ainda assim, poderá ser legítimo – como se concluiu no caso da intervenção militar da OTAN no Kosovo, em 1999<sup>415</sup>. Evidencia-se, portanto, uma clara aproximação entre legitimidade e legalidade, moral e direito, no movimento da escola extensiva sobre o direito internacional do uso da força, ao tempo em que se rejeita um olhar “positivista” sobre a proibição ao uso da força. Nessa corrente, a aplicação da vedação à força, na prática, deve ser “mitigada” para “cobrir a distância entre o direito e o senso comum de justiça moral”, desenvolvendo-se, ao redor das regras estritas, uma “penumbra de razoabilidade”<sup>416</sup>. O teste último, na verdade, é perguntar se a ação militar causa significativamente mais bem do que dano<sup>417</sup>.

Alguns doutrinadores, nesse contexto, suavizam a linguagem de uso da força e, por vezes, usam a expressão *aplicação extraterritorial da*

---

significant loosening of the legal constraints on the use of force, and this in turn will lead to changes across the international legal system. Only time will tell whether these changes to international law are themselves a necessary and proportionate response to the shifting threats of an all too dangerous world.”; BAKER, Mark B. *Terrorism and the Inherent Right of Self-Defense (A Call to Amend Article 51 of the United Nations Charter)*. *Houston Journal of International Law*, vol. 10, 1987.

<sup>413</sup> FRANCK, *op. cit.*, 2004, p. 182. “There is need for such creative rethinking of the rules.”

<sup>414</sup> *Ibidem*. “It may thus have taken a first step towards the enunciation of an internationally agreed concept bridging the gap – so starkly revealed by the Kosovo crisis – between legality and legitimacy, between strict legal positivism and a common sense of moral justice.”

<sup>415</sup> INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION ON KOSOVO. *The Kosovo Report*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 4. “The Commission concludes that the NATO military intervention was illegal but legitimate. It was illegal because it did not receive prior approval from the United Nations Security Council. However, the Commission considers that the intervention was justified because all diplomatic avenues had been exhausted and because the intervention had the effect of liberating the majority population of Kosovo from a long period of oppression under Serbian rule”.

<sup>416</sup> FRANCK, *op. cit.*, 2004, p. 184. “[...] employ a concept of mitigation to bridge the gap between the law and a common sense of moral justice.”

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 189.

*lei*<sup>418</sup> (*extra-territorial law enforcement*) para se referir à resposta militar de um Estado contra terroristas no território de outro Estado. Nessa perspectiva, aplicando-se as normas primárias diretamente à conduta dos atores não estatais, conclui-se que o uso da força em resposta a ataques praticados por grupos armados ou outras entidades não estatais será um recurso legalmente disponível aos Estados. Para que ele possa ser invocado, na visão extensiva, bastaria que o Estado que abriga o grupo terrorista (*host State* ou *territorial State*) estivesse *indisposto ou incapaz* (*unwilling or unable*) de prevenir os ataques que partem de seu território.

Para Dinstein, por exemplo,

A aplicação extraterritorial da lei é uma forma de legítima defesa, e pode ser realizada por Utopia [Estado fictício] contra terroristas e grupos armados dentro do território arcadiano [Estado fictício] apenas em resposta a um ataque armado conduzido por eles a partir desse território. Utopia é autorizada a implementar o direito internacional extraterritorialmente se e quando Arcadia encontra-se incapaz ou indisposta a prevenir uma repetição desse ataque armado.<sup>419</sup>

Randelzhofer também previa essa possibilidade algumas décadas antes:

Para o propósito de responder a um ‘ataque armado’, o Estado que age em legítima defesa é autorizado a adentrar território estrangeiro, mesmo quando o ataque não pode ser atribuído ao Estado de cujo território ele procedeu. Não decorre do fato de que o direito à legítima defesa previsto no artigo 51 está restrito ao caso de um ‘ataque armado’ que as medidas defensivas somente podem afetar o atacante. Portanto, é

---

<sup>418</sup> LUBELL, Noam. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*. Oxford Scholarship Online: 2010.

<sup>419</sup> DINSTEIN, *op. cit.*, 2005, p. 247. “Extra-territorial law enforcement is a form of self-defence, and it can be undertaken by Utopia against terrorists and armed bands inside Arcadian territory only in response to an armed attack unleashed by them from that territory. Utopia is entitled to enforce international law extra-territorially if and when Arcadia is unable or unwilling to prevent repetition of that armed attack”.

compatível com o artigo 51 e com as leis da neutralidade quando um Estado luta contra forças armadas hostis, que estão conduzindo um ataque armado a partir de território neutro, no território do Estado neutro, desde que tal Estado esteja ou indisposto ou incapaz de deter a contínua violação de sua neutralidade.<sup>420</sup>

Trata-se, nesse ponto, da importante doutrina extensiva do Estado “indisposto ou incapaz” (*unwilling or unable*<sup>421</sup>), que vem sendo defendida em escritos contemporâneos e sendo utilizada nos ataques contra grupos terroristas no território sírio – como se verá no terceiro capítulo deste trabalho. Essa teoria, muito embora não esteja prevista em nenhum instrumento jurídico internacional, e nem tenha sido utilizada enquanto tal pela Corte Internacional de Justiça<sup>422</sup>, ela é o carro-chefe da expansão das fronteiras do direito à legítima defesa encampada pelos filiados a uma concepção extensiva. Estima-se que a primeira referência oficial a essa expressão no direito internacional tenha sido feita por Israel, em 1978-1979, para justificar ataques contra a Organização para a Libertação da Palestina (OLP) no Líbano. Na ocasião, “Israel disse que estava exercendo seu direito inerente à legítima defesa. Se Estados estivessem indispostos ou incapazes [*unwilling or unable*] de impedir terroristas de operarem fora de seus territórios, eles deveriam estar preparados para represálias”<sup>423</sup>.

Ashley Deeks defende que o critério do *unwilling or unable*, no caso da legítima defesa em domínio não estatal, emerge como parte integrante da avaliação do pressuposto da *necessidade* como requisito da resposta armada sob o artigo 51. Assim, em contexto interestatal, a avaliação acerca da *necessidade* da legítima defesa se resume a saber se, para responder adequadamente ao ataque armado sofrido, os meios não

---

<sup>420</sup> RANDELZHOFFER, A. Article 51. In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

<sup>421</sup> STARSKI, Paulina. Right to Self-Defence, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the ‘Unable and Unwilling’ Standard? *Heidelberg Journal of International Law*, setembro de 2015. pp. 455-501.

<sup>422</sup> CORTEN, Olivier. The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted? *Leiden Journal of International Law*, 2016. p. 2.

<sup>423</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Yearbook*. 1979, p. 332. “Israel said it was exercising its inherent right of self-defence. If States were unwilling or unable to prevent terrorists from operating out of their countries, they should be prepared for reprisals.”

militares serão suficientes, ou se, ao contrário, será necessário recorrer à força no território do Estado responsável. Em contraposição, no âmbito não estatal, a avaliação da *necessidade* possuiria dois estágios, cuja análise ocorreria de acordo com o procedimento que a autora descreve em sua obra:

Um Estado vítima deve considerar não apenas se o ataque foi de uma espécie que requereria o uso da força em resposta ao ator não estatal, mas também deve avaliar as condições no Estado a partir do qual o ator não estatal lançou os ataques. Essa última avaliação é onde, ausente o consentimento, os Estados atualmente empregam o teste do “indisposto ou incapaz” [*unwilling or unable*] para avaliar se o Estado territorial está preparado para suprimir a ameaça. Se o Estado territorial não está nem disposto nem capaz, o Estado vítima pode considerar apropriadamente seu próprio uso de força no Estado territorial como necessário e, se a força for proporcional e oportuna, legal. Se o Estado territorial está disposto e capaz, não será necessário para o Estado vítima usar a força, e a força do Estado vítima será ilegal.<sup>424</sup>

Nesse sentido, o *unwilling or unable* é visto como elemento da necessidade do direito à legítima defesa, cuja razão de ser é a proteção da segurança e da sobrevivência de um Estado por meio da força sempre que ela se fizer *necessária*. Segundo estudo preparado pela Chatham House em 2005, essa necessidade está presente se o ataque praticado

---

<sup>424</sup> DEEKS, *op. cit.*, 2012. p. 495. “The necessity inquiry thus has two prongs in the nonstate actor context: A victim state must consider not just whether the attack was of a type that would require it to use force in response to that nonstate actor, but it also must evaluate the conditions in the state from which the nonstate actor launched the attacks. This latter evaluation is where, absent consent, states currently employ the “unwilling or unable” test to assess whether the territorial state is prepared to suppress the threat. If the territorial state is neither willing nor able, the victim state may appropriately consider its own use of force in the territorial state to be necessary and, if the force is proportional and timely, lawful. If the territorial state is both willing and able, it will not be necessary for the victim state to use force, and the victim state’s force would be unlawful”.

pela entidade não estatal for de “grande escala” e se, nessa situação, o Estado territorial se mostrar indisposto ou incapaz de combater a atividade do grupo armado<sup>425</sup>. Caso não se demonstre a necessidade por esses aspectos, seria preciso obter o consentimento do referido Estado para usar força militar em seu território. No estudo mencionado, defendeu-se que

Não há razão para limitar o direito de um Estado de proteger a si mesmo a um ataque por outro Estado. O direito de legítima defesa é um direito de usar a força para reverter um ataque. A fonte do ataque, se um Estado ou um ator não-estatal, é irrelevante para a existência do direito. A Opinião Consultiva da CIJ sobre o *Muro* não deveria ser lida como uma sugestão de que o uso da força em legítima defesa não é permitido a menos que o ataque armado seja praticado por um Estado. Não há nada no texto do Artigo 51 que demande, ou mesmo sugira, uma tal limitação.<sup>426</sup>

A ênfase, aqui, é colocada integralmente sobre a perspectiva do direito à autodefesa de um Estado que se vê confrontado com ataques e ameaças externas, à revelia do direito de não intervenção. A tensão entre o direito à legítima defesa e o princípio não intervenção, na realidade, é o conflito jurídico que pulsa no bojo de toda essa discussão. Negar a possibilidade de ampla legítima defesa contra terroristas seria, para os defensores dessa corrente, condenar o Estado atacado a suportar

---

<sup>425</sup> WILMSHURST, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*. London: Chatham House, 2005. ILP WP 05/01. p. 11. “In such a case the attack must be large scale. If the right of self-defence in such a case is to be exercised in the territory of another state, it must be evident that that state is unable or unwilling to deal with the non-state actors itself, and that it is necessary to use force from outside to deal with the threat in circumstances where the consent of the territorial state cannot be obtained.”

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 11. “There is no reason to limit a state’s right to protect itself to an attack by another state. The right of self-defence is a right to use force to avert an attack. The source of the attack, whether a state or a non-state actor, is irrelevant to the existence of the right. The ICJ *Wall* Advisory Opinion should not be read as suggesting that the use of force in self-defence is not permissible unless the armed attack is by a state. There is nothing in the text of Article 51 to demand, or even to suggest, such a limitation.”

pacientemente os ataques armados vindos do exterior, deixando-o juridicamente de mãos atadas, o que seria inadmissível.

Na verdade, o critério do *unwilling or unable* pode servir como auxílio de aplicação da norma primária – enquanto pressuposto da *necessidade* no exercício da legítima defesa contra o ator não-estatal – ou, ainda, no plano das normas secundárias, como critério de atribuição de conduta do grupo armado ao Estado indisposto ou incapaz<sup>427</sup>. Alguns autores<sup>428</sup> sustentam que a determinação acerca da indisposição ou incapacidade de um Estado para lidar com as ameaças em seu território deve partir do Estado vítima dos ataques, enquanto outros<sup>429</sup> atribuem a decisão ao Conselho de Segurança, para reduzir o risco de subjetivismo e defender os Estados fracos contra determinações unilaterais dos fortes, fortalecendo, ainda, o paradigma multilateral.

Por força do modo pelo qual esta pesquisa é organizada, outras repercussões e reflexões mais recentes (2014-2016) sobre a aplicabilidade da doutrina do *unwilling or unable* e sua compatibilidade com o direito internacional foram relegadas ao terceiro capítulo, a fim de relacioná-las mais especificamente ao precedente sírio, em cujo bojo o argumento foi sensivelmente invocado.

*Em suma*, a divergência quanto à aplicabilidade direta da proibição do uso da força e da legítima defesa aos grupos não estatais faz com que, de um lado, a doutrina restritiva defenda o caráter exclusivamente interestatal do sistema, enxergando o tratamento dos grupos armados como competência territorial afeta à soberania do Estado correspondente, e regulado pelo direito interno, e, de outro, a doutrina extensiva advogue a possibilidade de aplicar as normas internacionais, pela via do costume, diretamente à conduta das entidades

---

<sup>427</sup> FLASCH, Olivia. The Exercise of Self-Defence Against ISIL in Syria: New Insights on the Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors. *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 3, n. 1, no prelo, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2663043>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>428</sup> DEEKS, Ashley. Problematic Defense of the “Unwilling or Unable” Test’. *Opinio Juris*, 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://opiniojuris.org/2011/12/15/ashley-deeks-failure-to-defend-the-unwilling-or-unable-test/>>. Acesso em outubro de 2016; DINSTEIN, *op. cit.*, p. 275.

<sup>429</sup> AHMED, Dawood I. Defending Weak States Against the 'Unwilling or Unable' Doctrine of Self-Defence. *Journal of International Law and International Relations*, no prelo, 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2239817](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239817). Acesso em outubro de 2016.

não estatais, de modo que o direito à legítima defesa possa ser exercido em face de um ataque perpetrado por um grupo armado na hipótese em que o Estado que abriga esse grupo encontra-se indisposto ou incapaz (*unwilling or unable*) de impedir que seu território seja utilizado para a condução desses ataques, relativizando-se, no caso, o direito à não intervenção.

### **3.3.2. O debate no âmbito das normas secundárias: os critérios de atribuição de conduta**

*Concepção restritiva.* A aplicação indireta das normas internacionais à conduta de entidades não estatais, recapitula-se, ocorre pela via do direito da responsabilidade internacional e, mais especificamente, por meio do conceito de *atribuição de conduta*. Como exposto no primeiro capítulo dessa dissertação, as normas gerais de responsabilização internacional dos Estados estabelecem que, em regra, um Estado é responsável apenas pela conduta de seus agentes públicos e atos de seus órgãos, ou, ainda, de entidades privadas que estejam exercendo oficialmente atribuições do poder público (artigos 4º e 5º do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional<sup>430</sup>).

Excepcionalmente, todavia, é possível que, em certos casos, um Estado seja responsabilizado pela conduta de uma pessoa ou um grupo de pessoas que não são agentes oficiais do Estado e nem exercem atribuições públicas, conforme previsão específica do artigo 8º do mesmo Projeto: “Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas se esta pessoa ou grupo de pessoas estiver de fato agindo por instrução ou sob a direção ou controle daquele Estado, ao executar a conduta”, reconhecido como direito internacional costumeiro pela Corte<sup>431</sup>. Do conteúdo desse

---

<sup>430</sup> Art. 4º. “Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de qualquer órgão do Estado que exerça função legislativa, executiva, judicial ou outra qualquer que seja sua posição na organização do Estado -, e independentemente de se tratar de órgão do governo central ou de unidade territorial do Estado.” Art. 5º. “Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou entidade que não seja um órgão do Estado, consoante o artigo 4º, que, de acordo com a legislação daquele Estado, possa exercer atribuições do poder público, sempre que a pessoa ou entidade esteja agindo naquela qualidade na situação particular.”

<sup>431</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina v.*



dispositivo, extrai-se que, para que isso aconteça, é preciso que haja uma ligação entre o Estado e a pessoa ou o grupo de pessoas cuja conduta será àquele atribuída. Essa conexão, no dizer do artigo, deve corresponder a *instrução, direção ou controle* sobre a conduta *de fato*, ou, implicitamente, a *completa dependência* – caso em que o grupo é um mero instrumento nas mãos do Estado, um *órgão de facto*.

A Corte Internacional de Justiça, nas duas vezes em que tratou dessa questão em particular, nos casos *Nicarágua* (1986)<sup>432</sup> e *Genocídio* (2007)<sup>433</sup>, lançou mão de uma abordagem estrita da relação que deve ser estabelecida entre um Estado e um ente não estatal para que seja possível atribuir a conduta deste último àquele. O critério, ou teste, utilizado nos casos julgados foi o chamado *controle efetivo* (*effective control*), que possui o significado prático de um pleno domínio do Estado sobre a conduta específica que lhe deverá ser normativamente atribuída.

No mesmo julgamento de 2007, que tratava de crime de genocídio, uma das partes argumentou que o critério de atribuição aplicável ao caso não deveria ser o geral, devido à gravidade da violação ali cometida. Em resposta, contudo, a Corte afirmou que “as regras para que se atribua a um Estado uma conduta supostamente ilícita no direito internacional não variam com a natureza do ato ilícito em questão na ausência de uma *lex specialis* claramente expressa”<sup>434</sup>. Diante disso, a

---

*Sérvia e Montenegro*). Julgamento de 26 de fevereiro de 2007 (Mérito). Parágrafo 407.

<sup>432</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (*Nicarágua vs. Estados Unidos da América*). Julgamento de 27 de junho de 1986 (Mérito). p. 65. “For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.”

<sup>433</sup> Vide penúltima nota. Parágrafo 400. “[...] in this context [...] it has to be proved that they acted in accordance with that State’s instructions or under its “effective control”. It must however be shown that this “effective control” was exercised, or that the State’s instructions were given, in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons having committed the violations.”

<sup>434</sup> CORTE..., *op. cit.*, 2007, parágrafo 401. “The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*.”

doutrina restritiva enfatiza que a Corte estabelece critério rígido para determinar a conexão entre o Estado e o ente não estatal, que seja suficiente à atribuição de conduta para fins de responsabilização.

Essa corrente afirma que é possível fazer uso de tais critérios gerais de atribuição de conduta do direito da responsabilidade internacional, e, em especial, o teste do *controle efetivo*, para interpretar o artigo 51 da Carta. E tal operação deve ser realizada somente na medida em que os conceitos gerais forem utilizados para interpretar restritivamente a proibição da força – jamais para contornar os requisitos da legítima defesa ou desafiá-los. Isso ocorre por causa da condição de *lex specialis* das normas sobre o uso da força, às quais o direito da responsabilidade internacional, *lex generali*, deve ceder em caso de conflito<sup>435</sup>. Logo, não seria possível utilizar critérios gerais de atribuição de conduta se o efeito de tais normas fosse, em última análise, resultar em uma flexibilização da proibição do uso da força no direito internacional ou em uma ampliação do direito à legítima defesa, maculando o espírito do *jus contra bellum*.

Considerando-se que, nessa ótica, não há direito à legítima defesa sem atribuição do ataque armado a um Estado – uma vez que o contexto do artigo 51 é puramente interestatal –, caso um grupo terrorista conduza um ataque armado transfronteiriço, sua conduta somente poderia ser atribuída ao Estado em cujo território ele opera se ficasse demonstrado que esse Estado detinha *controle efetivo* sobre a operação específica do grupo, ou que este último agisse em *completa dependência* daquele Estado (*lex generali*)<sup>436</sup>.

A autodefesa contra o território do Estado também seria viável no caso de *envio* do grupo pelo Estado ou de seu *envolvimento substancial* nas atividades armadas do grupo não estatal, conforme o artigo 3(g) (*lex*

---

<sup>435</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010a, pp. 450. “It is perfectly possible when interpreting article 3(g) of the definition of aggression to turn to the mechanisms of international responsibility and more especially to the rules governing the imputation of wrongful acts to a State. Such consideration, however, can only be subsidiary, since the right of responsibility must, as *lex generali*, take a back seat behind the *lex specialis* represented by the rules on the prohibition of the use of force. The reference to the law of international responsibility can therefore only come into play for interpreting article 51 of the Charter and not to circumvent it or to challenge it”.

<sup>436</sup> JINKS, Derek. State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, n. 1, 2003; MÜLLER, Anna Caroline. Legal issues arising from the armed conflict in Afghanistan. *Non State Actors & International Law*, vol. 4, 2004. pp. 239-276.

*specialis*), interpretado, aqui, como norma de atribuição. De outro lado, não haveria possibilidade de autodefesa do Estado vítima diante do mero apoio financeiro ou logístico ao grupo terrorista por parte do Estado territorial, nem sua tolerância quanto às atividades do grupo em seu território<sup>437</sup>, uma vez que admitir essa hipótese seria afrouxar indevidamente as regras do direito da responsabilidade internacional. Segundo Pierre Klein,

É manifesto, portanto, que toda forma de apoio fornecido por um Estado à preparação ou à perpetração de atos de terrorismo contra um outro Estado constitui uma violação de obrigações internacionais bem estabelecidas, e configura a responsabilidade internacional do Estado que forneceu esse apoio. Semelhante assistência ou tolerância não pode, contudo, ser qualificada de ato de agressão armada – e abrir um direito à legítima defesa ao chefe do Estado vítima desses atos de terrorismo em questão – senão quando as condições enunciadas na Resolução 3314 (XXIX) (envio ou envolvimento substancial, gravidade do ato) estejam reunidas.<sup>438</sup>

Observa-se que a utilização de critérios restritos não se dá sem dificuldades, mais precisamente porque existe um *gap* de gravidade dos atos entre o conceito de “violação à proibição do uso da força” e “ataque armado”, em cujo intervalo um Estado atacado não está autorizado a agir em legítima defesa pelo artigo 51. Isso se infere a partir da diferenciação feita pela Corte, no caso *Nicarágua* (1986), entre as formas graves (um ataque armado, que dá direito à legítima defesa) e as formas menos graves de uso da força. Conforme a análise de Starski,

---

<sup>437</sup> CORTEN, *op. cit.*, 2010a, pp. 450-454; GRAY, *op. cit.*, 2008, pp. 165-166;

<sup>438</sup> KLEIN, *op. cit.*, 2006, pp. 373-374. “Il est donc manifeste que toute forme de soutien apportée par un Etat à la préparation ou à la perpétration d’actes de terrorisme à l’encontre d’un autre Etat constitue une violation d’obligations internationales bien établies, et engage la responsabilité internationale de l’Etat qui a apporté ce soutien. Semblable assistance ou tolérance ne peut toutefois être qualifiée d’acte d’agression armée — et ouvrir un droit à la légitime défense dans le chef de l’Etat victime des actes de terrorisme en cause — que lorsque les conditions énoncées dans la résolution 3314 (XXIX) (envoi ou implication substantielle, et gravité de l’acte) sont réunies.”

[...] o critério do controle efetivo [...] Em primeiro lugar, coloca um severo ônus da prova no Estado que é atacado. [...] Segundo, é uma abordagem tudo-ou-nada e falha em refletir a real escala de envolvimento estatal, a qual termos como “apoio estatal” ou “patrocínio estatal” tentam capturar. O perigo de que a impunidade ‘será invocada [...] por culpados para evitar responsabilidade por atos ilícitos’ pode vir à tona e levar a uma “guerra de aluguel”. Esse problema é agravado pela discrepância entre a definição de ataque armado e a proibição ao uso da força que a Corte introduziu no caso *Nicarágua*: uma vez que certas violações à proibição do uso da força não são suficientes para serem encaradas como um ataque armado, há casos em que um Estado confrontado com violência não pode proteger a si mesmo baseado no artigo 51. O direito internacional exige que um Estado que é vítima de um uso ilegal da força – desde que não seja um ataque armado – evite reações forçadas. [...] a fórmula do “controle efetivo” ‘prioriza o direito do Estado que abriga o grupo à não interferência sobre os dilemas de segurança do Estado vítima.’<sup>439</sup>

Ainda assim, porém, o critério seria mais adequado do que uma eventual interpretação alargada, que provocaria uma reação com efeitos

---

<sup>439</sup> STARSKI, *op. cit.*, 2015, pp. 13-14. “First of all, it puts a severe burden of proof on the state which is attacked. This evidentiary hurdle creates an option for states to evade responsibility by hiding in a grey zone of tacit support.<sup>90</sup> Secondly, it is an “all or nothing”-approach and fails to reflect the factual cascade of state involvement, which terms like “state support” or “state sponsorship” try to capture. The danger that impunity “will be invoked [...] by culprits to avoid responsibility for wrongful acts” might surface and lead to a “surrogate warfare”. This problem is aggravated by the discrepancy between the definition of armed attack and the prohibition of the use of force that the ICJ introduced in its *Nicaragua* ruling: Since certain violations of the prohibition on the use of force do not suffice to be regarded as an armed attack, there are cases in which a state confronted with violence may not protect itself based on Art. 51. International law requires a state which is the victim of illegal force – as long as it is short of an armed attack – to refrain from forceful reactions. Consequently the “effective control”-formula “prioritizes the host state’s right to noninterference over the victim state’s security concerns.”

deletérios à proibição internacional da força. Esta é, em linhas gerais, a abordagem restritiva do direito à legítima defesa, no que diz respeito à sua interação com as normas do direito da responsabilidade internacional.

*Concepção extensiva.* De parte da doutrina ampla da legítima defesa, o argumento da *lex specialis* também é utilizado; mas, aqui, ele funciona de outro modo. Para essa corrente, ele serve para fundamentar o fato de que, em se tratado de um regime jurídico específico referente ao uso da força, não é necessário que sejam utilizados os critérios estritos e rígidos do direito geral da responsabilidade internacional. Pode-se, ao contrário, defender a existência de consequências normativas e testes de atribuição de conduta específicos para o direito do uso da força, no caso de ataque armado – testes mais brandos, mais flexíveis.

Nesse sentido, Tsagourias defende o seguinte:

É importante [...] elaborar mais acerca do relacionamento entre o direito da responsabilidade estatal e o direito do uso da força. [...] O direito da responsabilidade dos Estados e o direito do uso da força são regimes distintos com *rationales* diferentes; o primeiro diz respeito às consequências jurídicas que emanam de violações de obrigações internacionais, enquanto o segundo prescreve as condições para o uso lícito da força. Como resultado, o regime do uso da força aplica seu próprio conjunto de critérios para quando a força pode ser licitamente usada e contra quem, os quais são pertinentes a esse regime. Mesmo se o regime do uso da força toma emprestado termos e conceitos do direito da responsabilidade dos Estados, tais empréstimos são interpretados no contexto em que se aplicam.<sup>440</sup>

---

<sup>440</sup> TSAGOURIAS, *op. cit.*, 2011. p. 499. “It is important [...] to elaborate more on the relationship between the law of state responsibility and that on the use of force. [...] [T]he law of state responsibility and the use of force are distinct regimes with different rationales; the former is about the legal consequences that arise from violations of international obligations whereas the latter prescribes the conditions for the lawful use of force. As a result, the use of force regime applies its own set of criteria as to when force can be lawfully used and against whom, which are pertinent to said regime. Even if the use of force regime borrows terms and concepts from the law of state responsibility [such as

Nessa doutrina, considera-se que *o apoio logístico na forma de armas, o treinamento ou a assistência* a grupos armados, por parte de um Estado, faria com que tais grupos se tornassem “*órgãos de facto*” desse Estado e, portanto, a conduta do ente não estatal lhe seria juridicamente atribuída. O critério de atribuição, assim, seria o mero apoio, dispensada a exigência de controle efetivo sobre o grupo armado. Essa foi, relembre-se, a posição articulada por Uganda, em seu contra-memorial no caso *Atividades Armadas* (2005)<sup>441</sup>, já analisado neste capítulo da dissertação.

Essa proposta se diz atenta à realidade internacional e, na condição de uma leitura extensiva, aborda a questão sob o ponto de vista do direito de defesa dos Estados perante uma nova era de ameaças sem precedentes. Na perspectiva de Brent Michael,

Esse novo critério de teste é justificado como o melhor compromisso entre os interesses de Estados em garantir sua sobrevivência individual e proteger a segurança e a paz globais. Em um mundo onde atores individuais possuem acesso a armas ponderosas e representam uma ameaça a vida de cidadãos igual, se não maior, à de uma guerra convencional, parece ingênuo e irrealista defender um critério de atribuição tão estrito quanto o teste *Nicarágua* [controle efetivo]. Para ser claro, o Conselho de Segurança da ONU é um mecanismo crucial pelo qual a paz mundial e a segurança são mantidas; e o direito deve refletir isso. Mas o direito internacional arrisca perder seu respeito e relevância se ele se desconectar da realidade. Se um Estado santuário tem conhecimento de indivíduos operando dentro de suas fronteiras que conduziram ataques armados contra o território do Estado vítima, e o Estado santuário ativamente apoia esse perpetradores, muito embora ele não os instrua, então temos

---

the *effective control* test], such loans are interpreted in the context within which they apply.”

<sup>441</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Application instituting proceedings. Counter-Memorial of Uganda. 21 de abril de 2001. p. 194.

todas as razões para atribuir as ações desses indivíduos privados ao Estado para o propósito da legítima defesa. Em última análise, é uma questão de ponderação. De um lado, existe a necessidade dos Estados de se proteger de um dano iminente. De outro, a ordem internacional será mais segura e pacífica se Estados – e especialmente os mais poderosos – não puderem abusar de seu direito à legítima defesa. Além de tudo, o uso da força deve ser, em todo caso, o último recurso.<sup>442</sup>

O fato de um Estado encontrar-se “indisposto ou incapaz” (*unwilling or unable*) de combater os grupos armados que se encontram em seu território funciona, para a perspectiva extensiva, como um critério de atribuição, o qual faria com que os ataques praticados por tais grupos fossem atribuídos ao Estado. Essa é a chamada *harboring doctrine*, a qual “[...] objetiva criar uma conexão entre uma violação do direito internacional por parte de um Estado resultante de sua

---

<sup>442</sup> MICHAEL, Brent. Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence. *Australian International Law Journal*, , vol. 16, 2009. p. 159. “This new threshold test is justified as the best compromise between the interests of States in ensuring their individual survival and protecting global peace and security. In a world where individual actors have access to powerful weapons and pose an equal if not greater threat to the lives of citizens than conventional warfare, it seems naive and unrealistic to espouse a threshold of attribution for armed attacks as high as the *Nicaragua* test. To be sure, the UN Security Council is a crucial mechanism by which world peace and security is maintained; and the law should reflect this. But international law risks losing its respect and relevance if disconnects from reality. If a sanctuary State has knowledge of individuals operating within its borders that have carried out armed attacks on the victim State's territory, and the sanctuary State actively supports those perpetrators although it does not actually instruct them, then there is every reason to attribute the actions of the private individuals to that State for the purposes of self-defence. Ultimately, it is a question of balance. On the one hand, there is a need for States to protect themselves from the risk of impending harm. On the other hand, the international legal order will be more secure and peaceful if States - especially more powerful States - cannot abuse their right of self-defence. Moreover, the use of force should, after all, be the last resort.”

passividade em relação a atores não estatais e a atribuição de um ataque”<sup>443</sup>.

Trata-se, em certa medida, de uma responsabilidade internacional do Estado não por sua ação, mas por sua omissão (*lack of due diligence*<sup>444</sup>): o Estado que não cumpre com suas obrigações internacionais de combate às atividades ilícitas de grupos terroristas que praticam ataques internacionais a partir de seu território. Ou, ainda, por sua cumplicidade (*complicity*<sup>445</sup>): um Estado que participa conscientemente de atos de terrorismo, por meio de seu apoio. Um Estado que assim age viola o direito internacional, em específico a Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral<sup>446</sup> e o princípio consuetudinário, afirmado pela Corte no caso *Corfu Channel* (1949), de que um Estado não pode permitir que seu território seja utilizado para fins ilícitos. Entretanto, a *harboring doctrine* dá um passo além: o de que, dessa espécie de violação, surge a possibilidade de atribuir ao Estado o ataque perpetrado pelo grupo armado, para fins de legítima defesa do Estado atacado.

Em outros termos, trata-se da doutrina americana, de 2001, da indistinção entre os “terroristas que cometeram os atos e aqueles que os abrigam”<sup>447</sup>, a qual enxerga ambas as entidades, estatal e não estatal,

---

<sup>443</sup> STARSKI, *op. cit.*, 2015, p. 14. “[...] the “harboring doctrine” aims at creating a connection between a state’s violation of international law resulting from its passivity towards non-state actors and the attribution of an attack”.

<sup>444</sup> HESSBRUEGGE, Jan Arno. The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law. *International Law and Politics*, vol. 36, 2004.

<sup>445</sup> LANOVOY, Vladyslav. The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct. *European Society of International Law*, Fórum de Pesquisa, 2015; SAVARESE, Eduardo. Issues of Attribution to States of Private Acts: Between the Concept of *de Facto* Organs and Complicity. *Italian Yearbook of International Law*, vol. 15, 2005.

<sup>446</sup> “Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force.” Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>447</sup> Trecho do discurso do Presidente Bush à nação, no dia 11 de setembro de 2001. “We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them”. Disponível em: <http://www.americanrhetoric.com/speeches/gwbush911address.tothenation.htm>.



como responsáveis pela conduta ilícita e, portanto, potenciais sujeitos passivos do direito à legítima defesa. O que essa operação provoca, em última análise, é um alargamento da responsabilização de Estados por atos de entidades privadas, colocando em questão a necessidade de que se estabeleça um vínculo *forte* entre um e outro.

*Em suma*, a divergência entre a concepção restritiva e a extensiva, no âmbito da aplicação das normas secundárias do direito internacional, corresponde, respectivamente, a um estreitamento ou a um alargamento do vínculo entre um Estado e um grupo armado, necessários para atribuir a conduta deste, juridicamente, àquele. O espectro vai do preto ao branco e passa por todos os tons de cinza: do *controle efetivo* até a mera *tolerância*, que funcionam como critérios de atribuição de conduta para fins de legítima defesa. À medida que se alarga a via de responsabilização de um Estado por atos privados, alarga-se, também, o direito de um Estado de responder militarmente a um ataque praticado por uma entidade privada.

### 3.3.3. O problema do método de determinação do direito consuetudinário

A discussão metodológica sobre de que modo se deve avaliar a prática estatal nessa matéria e como interpretar a evolução e o valor do costume é objeto de grandes debates. Corten afirma que as diferenças de resultados entre aqueles que pretendem alargar o direito à legítima defesa e os que desejam restringi-lo originam-se, em última análise, na abordagem metodológica que cada autor utiliza para lidar com a interpretação do conteúdo e das transformações do direito consuetudinário relativo ao uso da força<sup>448</sup>. Nessa linha, o autor identifica dois padrões excludentes de interpretação do direito consuetudinário que conduzem a doutrina de um polo a outro da discussão: do extensivo ao restritivo.

*Concepção restritiva.* De um lado, encontram-se aqueles que defendem que as normas escritas sejam cruciais pontos de referência, para que se interpretem as regras existentes por meio de um raciocínio sistemático e previsível. De acordo com esta concepção, costume e

---

<sup>448</sup> CORTEN, Olivier. *The Law Against War*. Oxford: Hart Publishing, 2010. pp. 1-49; CORTEN, Olivier. The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate. *The European Journal of International Law*, vol. 16, n. 5, 2006. pp. 803-822.

tratado são levados em conta na acepção do direito à legítima defesa, sem que, todavia, um prevaleça sobre o outro *a priori*. Em diversos momentos, essa perspectiva adota uma postura que se inclina mais fortemente ao paradigma positivista ou, em uma linguagem menos oitocentista, à ideia do *rule of law*, na medida em que busca minimizar a influência que as preferências subjetivas do intérprete exercem sobre o processo interpretativo do direito costumeiro<sup>449</sup>. Para essa corrente, a Carta das Nações Unidas teria tido o objetivo de alterar profundamente o regime de uso da força até então em vigor, no sentido de, no mínimo, tornar mais difícil o recurso à guerra por parte dos Estados. O artigo 51, por sua vez, teria esclarecido algumas obscuridades do direito consuetudinário à legítima defesa (fazendo referência ao requisito do “ataque armado”, por exemplo) e, ao mesmo tempo, buscado “não prejudicar” (*not impair*) o exercício deste último. Sob este ponto de vista, portanto, as duas normas, pactícia e costumeira, possuiriam atualmente o mesmo conteúdo<sup>450</sup>.

*Concepção extensiva.* Do outro lado, estão aqueles que enxergam o costume internacional como uma fonte privilegiada e uma ferramenta de adaptação do direito internacional às necessidades da realidade. Na resolução de um caso, não se limitam a guiar-se pelas normas positivadas, mas conferem elevado valor às circunstâncias específicas da disputa para a sua linha de argumentação. Na visão destes, “o costume permite que nos libertemos do texto de um tratado, ou, no mínimo, que o interpretemos de um modo bastante amplo, ou até mesmo que o

---

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 815. “Can we deduce from this, however, that the restrictive approach must for its part be traceable back to some form of legal positivism? In many ways, the answer to this is an affirmative one. Denouncing the political decisions of the interpreter for their lack of legitimacy brings us back to the need to respect the rule of law as it was conceived by its creators, which has obvious voluntarist connotations.”. Para as referências sobre positivismo e voluntarismo, conferir, respectivamente: KELSEN, *op. cit.*, 1999; GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, pp. 123-138.

<sup>450</sup> *Ibidem*, p. 813. “On one hand, the UN Charter provides a certain number of clarifications on the content of the rule, for example through specifying that self-defence can only be invoked in cases of an ‘armed attack’ (Article 51). On the other hand, this same provision recognizes that it ‘shall not impair’ the existence of the customary right of self-defence. The only manner in which these two statements can be reconciled is by acknowledging that the customary rule and the treaty rule have the same content, which excludes the possibility of preventive self-defence.”

emendemos sem que seja necessário seguir procedimentos estritos”<sup>451</sup>. Assim, com base em precedentes, na razoabilidade ou em meras considerações políticas acerca da “realidade”, consideram, estes, que seja possível argumentar em favor da legítima defesa preemptiva ou preventiva, bem como de um direito à intervenção humanitária, por exemplo, ainda que não tenham sido previstos no texto da Carta, isto porque o costume teria esta função de moldar o direito às necessidades emergentes. Essa abordagem, ademais, tende a nublar a distinção entre direito e política, norma e fato, motivo pelo qual anda lado a lado com as denominadas abordagem politicamente orientadas (*policy-oriented approaches*) do direito internacional<sup>452</sup>.

Nesse panorama, julga-se necessário tratar aqui, especialmente, do trabalho da Comissão de Direito Internacional, enquanto órgão oficialmente destinado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a cumprir um papel no desenvolvimento do direito internacional<sup>453</sup>. O trabalho desenvolvido a título oficial pode, nesta pesquisa, ser utilizado como referência mais segura para a determinação do método relacionado à identificação do direito costumeiro. Ver-se-á que, no âmbito desse órgão, a doutrina restritiva é privilegiada, à medida que o método da Comissão apresenta-se mais rígido que flexível.

Com efeito, um esforço significativo vem sendo realizado por meio da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas para melhor elucidar os problemas teóricos e práticos relacionados à determinação do direito consuetudinário. A questão se intensificou a partir de 2012, quando o órgão decidiu colocar o assunto “Formação e Evidência do Direito Internacional Costumeiro” em seu programa de trabalho<sup>454</sup>. Embora o estudo ainda esteja em andamento, um memorando apresentado pelo Secretariado da Comissão em 2013, a pedido de seus membros, oferece um panorama geral da abordagem que

---

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 808. “Custom thus permits us to free ourselves from the text of a treaty, or, at the very least, to interpret it in a very broad manner, and even to amend it without having to follow strict procedures.”

<sup>452</sup> Em especial, as advindas da Escola de New Haven, sintetizadas com maestria na obra da ex-juíza da Corte Internacional de Justiça *Dame Rosalyn Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

<sup>453</sup> Vide artigo 13(1), alínea (a), da Carta das Nações Unidas.

<sup>454</sup> Doc. da ONU: A/CN.4/663. *First report on formation and evidence of customary international law*. 17 de maio de 2013. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/663>. Acesso em outubro de 2016.

a Comissão, em sua prática pretérita, conferiu a esse assunto em seus diversos trabalhos.

Os elementos apresentados pelo Secretariado referem-se, sobretudo, ao método utilizado pela Comissão no que diz respeito à formação de normas consuetudinárias. O documento observa, por exemplo, que a Comissão, no momento em que pretende determinar a existência de uma norma de direito costumeiro, realiza frequentemente uma “pesquisa de todas as evidências disponíveis da prática geral dos Estados, bem como suas atitudes e posições, frequentemente em conjunto com as decisões de tribunais internacionais, e o escrito de juristas”<sup>455</sup>. Essa pesquisa é guiada pela clássica dicotomia entre a observação da prática estatal (elemento objetivo) e a configuração de uma *opinio juris* (elemento subjetivo).

No exame da prática estatal, a Comissão considera elementos-chave para a determinação de uma norma costumeira a existência de “uniformidade” e a “generalidade” nas condutas dos Estados, conceitos traduzidos frequentemente por expressões como “prática geral”, “prática disseminada”, “prática bem estabelecida”, “prática claramente estabelecida”, prática “solidamente estabelecida”, entre outros<sup>456</sup>. Além disso, a consistência dessa prática ao longo do tempo é um fator relevante para a identificação de uma norma costumeira<sup>457</sup>. Há uma

---

<sup>455</sup> Doc. da ONU: A/CN.4/659. *Elements in the previous work of the International Law Commission that could be particularly relevant to the topic*. 14 de março de 2013. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/659>. Acesso em outubro de 2016. “[...] survey of all available evidence of the general practice of States, as well as their attitudes or positions, often in conjunction with the decisions of international courts and tribunals, and the writings of jurists.”

<sup>456</sup> *Ibidem*, pp. 11-12. “The uniformity of State practice has been regarded by the Commission as a key consideration in the identification of a rule of customary international law. [...] The generality of State practice has also been regarded by the Commission as a key consideration in the identification of a rule of customary international law.” [...] “Such terminology included ‘uniformity’ or ‘uniform practice’, ‘general practice’, ‘widespread practice’, a rule ‘widely observed in practice’, ‘well-established and generalized practice’, ‘well-established practice’, ‘clearly established’ practice, ‘solidly established’ practice, ‘established practice’, ‘settled practice’, ‘preponderant practice of States’, or the ‘weight of evidence of State practice’.”

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 13. “The consistency of State practice over time has occasionally been invoked by the Commission as a relevant, though not necessarily decisive, consideration in the formation or evidence of customary international law.”

tendência observável na abordagem da Comissão no sentido de que não é qualquer prática que conduz à cristalização de uma regra costumeira, e de que o processo não acontece em tempo exíguo.

Assim, a matéria-prima do costume é, a toda evidência, a verificação de uma prática estatal suficientemente densa, da qual se possa extrair com segurança um caráter efetivamente normativo. A formação da norma consuetudinária revela uma face mais orgânica do direito internacional, a qual fora bem compreendida por Maurice H. Mendelson e exposta em seu curso na Academia da Haia, em 1998: “[...] como pérolas são produzidas pela irritação de um grão de areia entrando na concha da ostra, assim as interações e acomodações mútuas dos Estados produzem a pérola – por assim dizer – do direito costumeiro”<sup>458</sup>. O processo, portanto, é geralmente lento e demanda certa constância.

Quanto à *opinio juris*, “elemento subjetivo como um sentimento entre os Estados sobre a existência ou não-existência de uma regra obrigatória”<sup>459</sup>, a Comissão se vale de expressões como “reconhecimento geral” ou “aceitação geral”. O órgão, em seu método de determinação da formação do direito costumeiro, também faz uso significativo, e até autoritativo em certos momentos, de decisões de tribunais internacionais que expressam uma determinada regra como costumeira, bem como toma em consideração escritos e opiniões de juristas do direito internacional<sup>460</sup>.

Nesse âmbito, também é digno de nota que a Comissão, em algumas ocasiões, “parece ter conferido importância à falta de oposição a uma regra na prática dos Estados”<sup>461</sup>. O contexto, porém, sugere que essa postura tenha sido adotada contra o pano de fundo de uma prática que, além de ser já bem estabelecida, não parecia encontrar séria oposição na prática dos Estados. Não se vislumbra a possibilidade de que o silêncio dos Estados diante de certas condutas possa, em geral,

---

<sup>458</sup> MENDELSON, Maurice H. *The Formation of Customary International Law. Recueil des Cours*, 1998. p. 195. “[...] as pearls are produced by the irritant of a piece of grit entering an oyster’s shell, so the interactions and mutual accommodations of States produce the pearl—so to speak—of customary law.”

<sup>459</sup> Doc. da ONU: A/CN.4/659. pp. 15-18. “The position of States vis-à-vis a possible rule of customary international law has often been characterized by the Commission as “general recognition” or “general acceptance” of the rule. The Commission, however, has also used other formulations, such as “belief” or “attitude” of States with regard to the existence or content of a given rule.”

<sup>460</sup> *Ibidem*, pp. 24-26.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 20. “On some occasions, the Commission appears to have ascribed importance to the absence of opposition to a rule in the practice of States.”

contar como prática positiva na formação de uma norma costumeira a partir dessa conduta. Isso porque nem sempre a mera passividade de um Estado significará sua aquiescência, ainda mais se a prática, em si, contiver ambiguidades e inconsistências<sup>462</sup>. O valor e o significado jurídico do silêncio de um Estado diante de certa prática, portanto, deverão ser apreendidos a partir de cuidadoso exame das circunstâncias em que esse silêncio ocorre. Ele somente será juridicamente relevante para contar como *opinio juris* na formação de uma norma costumeira se puder ser interpretado, no contexto específico, como aceitação, ou consentimento tácito, ou seja, uma manifestação implícita da posição de um Estado; jamais, porém, nos casos em que ele apenas expresse uma posição de neutralidade do Estado silente. A tarefa de ponderá-lo é, no fim, um esforço interpretativo<sup>463</sup>.

Tratando-se de normas *jus cogens*, a Comissão fez referências, em várias ocasiões, “à existência de regras de direito internacional costumeiro que, por razão de seu conteúdo, são de caráter inderrogável (normas peremptórias *jus cogens*)”<sup>464</sup>. E, mais importante para a pesquisa ora realizada:

#### Observação 23

A Comissão indicou que normas peremptórias são formadas como um resultado de um processo de ampla aceitação e reconhecimento de tais normas como peremptórias pela comunidade internacional como um todo.

[...]

#### Observação 24

Enquanto afirma que uma regra de *jus cogens* “pode ser modificada somente por uma norma subsequente de direito internacional geral

---

<sup>462</sup> STARSKI, Paulina. Silence Within the Process of Normative Change and Evolution of the Prohibition on the Use of Force. *Max Planck Institute Research Paper Series*, n. 2016-20, a ser publicado em novembro de 2016.

<sup>463</sup> *Ibidem*, p. 7. “Silence, therefore, is devoid of content. Its potential eloquence is contingent on conventional patterns of conduct and communication, albeit highly circumstantial, and depends on external factors. Depending on the specific context, it can mean opposition, acceptance, or remain neutral — that is conveying no message whatsoever. Establishing that silence speaks and determining its content are interpretative endeavours.”

<sup>464</sup> *Ibidem*, p. 29. “The Commission has, on various occasions, referred to the existence of rules of customary international law that, by reason of their subject matter, are of a non-derogable character (peremptory norms/*jus cogens*).”

possuindo o mesmo caráter”, a Comissão indicou que, no tempo presente, uma modificação de uma regra de *jus cogens* seria mais provavelmente realizada através de um tratado geral multilateral.<sup>465</sup>

As observações do Secretariado, embora tragam uma série de sugestões de orientação prática da Comissão em seus trabalhos anteriores, apontam, em geral, menos para a consolidação de um método claro e detalhado na identificação de uma regra costumeira, e mais para a existência de uma série de práticas não sistematizadas – do contrário, aliás, não haveria necessidade de um estudo mais profundo e detido sobre as particularidades desse problema. Ainda assim, o exame da prática da Comissão é, sem dúvida, um ponto de partida válido para guiar a pesquisa no que concerne ao processo de formação de normas costumeiras.

Enquanto ressalva teórica, é de se crer que, no meio do impasse entre restringir excessivamente o método ou pecar por sua elasticidade, talvez se esteja diante da contradição fundamental há tempo identificada pela escola crítica, mais especificamente na obra de Martti Koskenniemi<sup>466</sup>, segundo a qual a argumentação jurídica internacional oscila de acordo com um padrão que ora dá preferência a regras rígidas e previsíveis (*legal approach*), correndo o risco de acabar em utopia (regras impraticáveis), e ora prefere os fatos como ponto de equilíbrio (*pure fact approach*), criando espaço para a apologia (arbitrariedade dos sujeitos da norma). Como um pêndulo que oscila entre as viúvas de Hans Kelsen e Carl Schmitt, o processo argumentativo do direito internacional encontra-se profundamente marcado por esta ambiguidade insolúvel. E o debate metodológico em questão, que ora dá prevalência às regras, ora aos fatos, não parece fugir do alcance deste preciso

---

<sup>465</sup> *Ibidem*, p. 30. “The Commission has indicated that peremptory norms are formed as a result of a process of widespread acceptance and recognition of such norms as peremptory by the international community as a whole. [...] While stating that a rule of *jus cogens* “can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”,<sup>114</sup> the Commission has indicated that, at the present time, a modification of a rule of *jus cogens* would most probably be effected through a general multilateral treaty.”

<sup>466</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

diagnóstico. Por esta razão, é difícil optar, de princípio, por um ou outro método:

No fim das contas, a espinhosa busca pelo costume não pode ser respondida simplesmente pela subscrição a uma abordagem extensiva ou restritiva. É preciso uma abordagem equilibrada, que parta de todas as evidências disponíveis de prática estatal e *opinio juris* e proceda a uma valoração cuidadosa dos dados. (...) Um equilíbrio precisa ser buscado, não apenas entre ‘palavras’ e ‘atitudes’, mas também entre afirmações ‘abstratas’ e ‘concretas’; entre os vários aspectos de densidade da prática estatal (uniformidade, extensão e duração); entre a (relativamente mais influente) prática de Estados poderosos e a dos outros membros da comunidade internacional; entre a prática do Conselho de Segurança e a da Assembleia Geral.<sup>467</sup>

Parece-nos apropriado, para o propósito deste trabalho, seguir a análise com esta pendularidade sempre em mente, buscando identificar os raciocínios e desconstruir os argumentos que se colocam nas discussões a respeito desta matéria. A valoração da prática estatal nesse domínio deve ser levada a efeito com cautela, pois, especialmente no caso da legítima defesa, o que está em jogo é o alcance de uma proibição peremptória à qual ela faz exceção. Além disso, ter sempre em vista o princípio do *rule of law* na interpretação das normas nos parece não só o caminho adequado, mas também o mais seguro.

Especialmente no domínio do direito sobre o uso da força, há que se ter consciência de que a compreensão teórica, particular, que cada autor possui sobre o direito internacional, acerca de sua natureza e

---

<sup>467</sup> RUY, *op. cit.*, 2010, p. 51. “In the end, the thorny quest for custom cannot be tackled simply by subscribing to an extensive or a restrictive approach. What is needed is a balanced approach, starting from all available evidence of State practice and *opinio iuris*, and proceeding to a cautious evaluation thereof. (...) An equilibrium must be sought, not only between ‘words’ and ‘deeds’, but also between ‘abstract’ and ‘concrete’ statements; between the various aspects of density of State practice (uniformity, extensiveness and duration); between the (relatively more influential) practice of powerful States and that of other members of the international community; or between the practice of the Security Council and that of the General Assembly.”



função, será determinante na interpretação que ele desenvolve acerca do estado da arte do uso da força na comunidade internacional<sup>468</sup>. A resposta oferecida por um positivista, com viés dogmático, aos problemas que se põem, certamente será distinta da encontrada por um jurista com viés sociológico, filosófico ou crítico<sup>469</sup>. É no bojo dessas diferenciações e nos enunciados que delas decorrem que essa pesquisa se move.

---

<sup>468</sup> D'ASPREMONT, Jean. Mapping the Concepts Behind the Contemporary Liberalization of the Use of Force in International Law. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, n. 4, 2010. pp. 1089-1149.

<sup>469</sup> CORTEN, Olivier. *Méthodologie du Droit International Public*. Bruxelles: Université de Bruxelles, 2009.



#### 4. A invocação da legítima defesa contra forças irregulares no contexto sírio (2014-2016)

##### 4.1. *Facts and figures* da crise na Síria (2014-2016)

##### 4.1.1. Breve contexto histórico-político da crise na Síria

“A Síria é estável”, dizia o presidente sírio Bashar al-Assad em janeiro de 2011. “Por quê? Porque você precisa estar intimamente ligado às convicções do povo. Essa é a questão central. Quando há divergência entre as suas políticas e as convicções e interesses do povo, você terá esse vácuo que cria distúrbios”<sup>470</sup>. As palavras foram ditas por ocasião de uma das raras entrevistas concedidas pelo governante sírio, dessa vez ao jornal *The Wall Street Journal*, em janeiro de 2011, a poucos dias do início de uma das piores guerras civis da história.

Algumas semanas antes, a população tunisiana havia destituído seu presidente, Zine El Abidine Ben Ali, pondo fim, em 28 dias, a um governo autoritário que se estendia por 23 anos. Trinta e oito dias depois, Hosni Mubarak, presidente do Egito por aproximadamente trinta anos, seria arrancado do poder a partir de manifestações populares. Em poucos dias, protestos contra os governos se espalhariam por todo o Oriente Médio e pelo Norte da África, ocorrendo em territórios de catorze países dessas regiões. Ainda no mesmo ano, o ditador líbio Muammar Gaddafi seria deposto e, na sequência, morto pelos rebeldes. O contexto desses levantes populares ficaria conhecido posteriormente pela expressão *Primavera Árabe* (*Arab Spring*)<sup>471</sup>.

A partir de janeiro e fevereiro de 2011, na onda dos países vizinhos, pequenas demonstrações por parte da população síria tiveram início: começava a se exteriorizar nas manifestações populares um

---

<sup>470</sup> Entrevista de Bashar al-Assad concedida ao *The Wall Street Journal* em 31 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748703833204576114712441122894>. Acesso em outubro de 2016. “[...] Syria is stable. Why? Because you have to be very closely linked to the beliefs of the people. This is the core issue. When there is divergence between your policy and the people's beliefs and interests, you will have this vacuum that creates disturbance.”

<sup>471</sup> LISTER, Charles R. *The Syrian Jihad: Al-Qaeda, the Islamic State and the Evolution of an Insurgency*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 11-12.

sonho, que, ironicamente, desaguarda, pouco tempo depois, em um opaco e denso pesadelo para o país<sup>472</sup>. O levante popular pôs em marcha um processo que, por meio da progressiva erosão dos instrumentos de controle e da mentalidade de medo que havia subjugado a população pelos últimos quarenta anos, conduziria o país rumo a um futuro incerto: ao desconhecido<sup>473</sup>. “A revolução inicialmente pacífica e otimista – uma expressão de profundo descontentamento com o declínio, a corrupção, a predação e a brutalidade do Estado sírio – transformou-se em uma guerra civil com crescentes traços sectaristas”<sup>474</sup>.

A Síria se encontrava sob governo de exceção (lei marcial) desde 1963, quando o pai do atual presidente, vinculado ao partido Baath<sup>475</sup>, assumira o poder por meio de um *coup d'état*. Após a morte do então governante, primeiro da *Casa de Assad*, em 2000, Bashar al-Assad veio ao poder e, na época, apresentava ao povo sírio um discurso reformista e ajustado aos padrões da democracia liberal: ao povo, prometia participação popular, transparência, *accountability*, reforma na burocracia e luta contra a corrupção<sup>476</sup>. As palavras, porém, não subsistiriam sequer aos primeiros anos de governo do novo presidente. Entre os traços do governo que se seguiria estariam: o endurecimento do discurso político, a prisão de opositores, decretos intensificando censuras na mídia e no uso da *internet*, o fortalecimento dos meios de

---

<sup>472</sup> LITTELL, Jonathan. *Syrian Notebooks: Inside the Homs Uprising*. New York: Verso, 2015. p. 14. “[...] before the nightmare, a nightmare so dense and opaque it seems to have no beginning, there had been the dream”.

<sup>473</sup> HOKAYEM, Emile. *Syria's Uprising and the Fracturing of the Levant*. New York: Routledge, 2013. p. 9. “Since the spring of 2011, when the instruments of control and mentality of fear that subdued society began eroding, Syria has stepped into the unknown.”

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 9. “Its once-peaceful, upbeat revolution - an expression of profound discontent at the decay, corruption, predation and brutality of the Syrian state - has morphed into a civil war with growing sectarian undertones.”

<sup>475</sup> A palavra *baath* significa, em árabe, ressurreição ou levante. Os objetivos do partido eram “facilitar a criação de um Estado pan-árabe, apoiando-se sobre as atividades revolucionárias de uma minoria política seletiva [...] sua ascensão na década de 1960 estava associada com uma comunidade minoritária sobre o restante: os alauítas.” SAHNER, Christian C. *Among the Ruins: Syrian Past and Present*. Oxford: Oxford University Press, 2014. pp. 103-104.

<sup>476</sup> YASSIN-KASSAB, Robin et AL-SHAMI, Leila. *Burning Country: Syrians in Revolution and War*. London: Pluto Press, 2016. pp. 17-18.

controle social, através dos aparatos de segurança, e a prática sistemática e sistêmica da tortura<sup>477</sup>.

Entretanto, o antiamericanismo do governo ainda fez com que, durante um tempo, sua popularidade pessoal não decaísse a níveis insustentáveis, principalmente por seu papel em manter a estabilidade da região após a invasão dos Estados Unidos no Iraque, em 2003. Com o passar dos anos, todavia, as falhas do regime em cumprir com uma série de promessas no campo econômico, político e nacional, preparou o terreno para os levantes populares de 2011. Em resposta, “a imediata descida do regime à barbárie transformaria rapidamente as demandas por reformas em clamores por uma revolução”<sup>478</sup>.

A eventual convergência de múltiplas tensões no território sírio, nacionais e internacionais, fez com que os desdobramentos da insurgência popular contra o regime de Assad adquirissem proporções jamais imaginadas. Em uma precisa análise das diversas forças atuantes sobre o contexto sírio, Hokayem escreveu:

A Síria se encontra no ponto de intersecção de profundas tendências sociais, políticas e estratégicas que se estendem pelo Oriente Médio. De fato, as cinco linhas falhas do mundo árabe correm através da Síria. A primeira é a ruptura do contrato social entre governo e sociedade, que levou às várias revoltas árabes. A segunda é a luta que se intensifica por domínio regional entre o Irã e vários Estados árabes, especialmente a Arábia Saudita. A terceira é a crescente divisão sunita-xiita, notadamente no Iraque e no Líbano, cujas repercussões são cada vez mais sentidas no interior da vizinha Síria. A quarta é a ascensão do islamismo político e suas implicações para a identidade dos Estados árabes e para grupos seculares e não muçulmanos. A linha final é o equilíbrio entre grupos étnicos no interior de sociedades levantinas multiétnicas, onde minorias, uma vez marginalizadas pela maioria árabe,

---

<sup>477</sup> *Ibidem*, pp. 22-25.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 34. “The regime’s failure to fulfil a set of bargains – economic, political and national – set the scene for the uprising. When it came, the system proved itself incapable of containing and absorbing the dissent. The regime’s immediate descent into barbarity would rapidly transform calls for reform into cries for revolution.”

procuram afirmar sua identidade. Mais do que em qualquer outro lugar, a profundidade e a potência dessas linhas de falha ameaça a coesão social da Síria e sua viabilidade enquanto um Estado unificado.<sup>479</sup>

Uma fusão de minorias dos mais diversos matizes religiosos e étnicos complexificou o cenário e fez do território do país um tabuleiro em que vários jogadores jogam, uns contra os outros, uma série de jogos políticos sobrepostos uns aos outros, os quais tornam fluidas as relações de amizade e inimizade, de modo que os efeitos concretos do(s) conflito(s) ali existentes mostram-se devastadores. É bastante difícil precisar o número de vítimas da guerra civil na Síria. Estima-se, porém, que, de março de 2011 a março de 2016, morreram pelo menos 273.520 pessoas, segundo informações do Observatório Sírio de Direitos Humanos<sup>480</sup>. Não obstante, outras fontes sugerem que esse número possa alcançar a faixa de 450.000, com base em estudo promovido pelo Centro Sírio de Pesquisa Política<sup>481</sup>. Somente em setembro deste ano, julga-se

---

<sup>479</sup> HOKAYEM, *op. cit.*, 2013, p. 10. “Syria finds itself at the intersection of profound societal, political and strategic trends that extend across the Middle East. Indeed, the Arab world's five most critical fault lines run through Syria. The first is the breakdown of the social contract between government and society, which led to the various Arab revolts. The second is the intensifying struggle over regional dominance between Iran and several Arab states, most notably Saudi Arabia. The third is the growing Sunni-Shia divide, notably in Iraq and Lebanon, the repercussions of which are increasingly felt inside neighbouring Syria. The fourth is the rise of political Islamism and its implications for the identity of Arab states and for secular and non-Muslim groups. The final one is the balance between ethnic groups within multi-ethnic Levantine societies, whereby minorities, once marginalised by the Arab majority, seek to assert their identity. More than anywhere else, the depth and potency of these fault lines threatens Syria's social cohesion and viability as a unified state.”

<sup>480</sup> Relatório disponível em: <http://www.syriahr.com/en/?p=45095>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>481</sup> Disponível em: <http://goo.gl/8m1tRa>. Acesso em outubro de 2016. p. 61 “During the conflict, the population of Syria has decreased from 21.8 million in 2010 to 20.21 million inhabitants by the end of 2015. Counterfactually, the total population would have reached 25.59 million inhabitants in 2015 if the conflict had not emerged, thus, the real population decreased by 21 per cent. At the end of 2015, it is projected to have 3.11 million Syrian refugees in addition to 1.17 million persons who migrated to in search of work and a safer life. Within the

que, com a intensificação dos ataques, aproximadamente 1.176 civis foram mortos na Síria<sup>482</sup>. Os inúmeros relatórios independentes dão conta de que os prejuízos da crise em termos humanos, econômicos, políticos, religiosos, culturais/históricos<sup>483</sup> e sociais são incalculáveis, irreparáveis e, em boa medida, irreversíveis.

Atualmente, portanto, o território do país é controlado por várias entidades distintas, cada uma lutando contra as demais e apoiando-se, nesse conflito, em alianças movediças. Entre os últimos mapas divulgados sobre a situação atual do controle territorial na Síria, encontra-se esse aqui<sup>484</sup>:

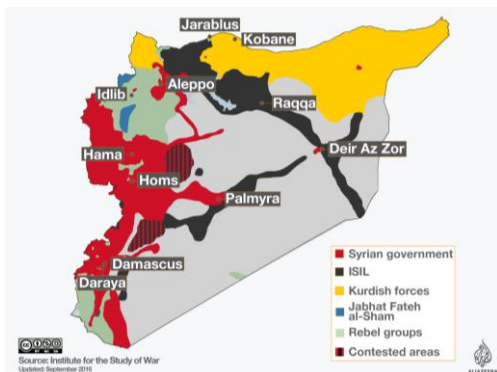
---

remaining population of Syria, some 6.36 million people had been internally displaced from their homes and neighbourhoods due to violence, fear, intimidation and homelessness. About 13.8 million Syrians lost their work-related source of livelihood; and comparing between “continuing” and “crisis” scenarios, almost 3.5 million job opportunities by the end of 2015; and the actual loss, compared to the pre-crisis employment status in 2010, is 2.69 million job opportunities. The armed conflict badly harmed human development in Syria where the fatalities in 2015 reached about 470,000 deaths, the life expectancy at birth estimated at 55.4 years, and the school age non-attendance rate projected at 45.2 per cent; consequently, the HDI of Syria is estimated to have lost 29.8 per cent of its HDI value in 2015 compared to 2010.”

<sup>482</sup> A informação foi fornecida pela organização não governamental *Syrian Network for Human Rights*. O dado está disponível em: <http://aa.com.tr/en/middle-east/1-176-civilians-killed-in-syria-in-september-ngo/656318>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>483</sup> Vide relatório do Observatório do Patrimônio Cultural Sírio, publicado em 26 de setembro de 2016. Disponível em: [http://en.unesco.org/syrian-observatory/file/1240/download?token=soc0Mu\\_9](http://en.unesco.org/syrian-observatory/file/1240/download?token=soc0Mu_9). Acesso em outubro de 2016.

<sup>484</sup> O mapa, referente a setembro de 2016, foi extraído da agência de notícias *Al-Jazeera* e pode ser acessado aqui: <http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2015/05/syria-country-divided-150529144229467.html>. Acesso em outubro de 2016.

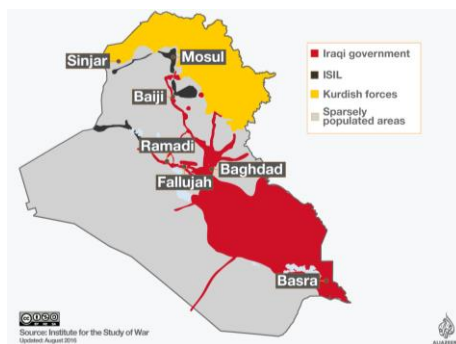


Observa-se que pelo menos cinco forças militares controlam partes significativas do território sírio e pelejam entre si: o governo de Bashar al-Assad, o grupo *Estado Islâmico* (ISIS), as forças curdas, a milícia denominada Frente al-Nusra (*Jabhat Fateh al-Sham*, conhecida como *al-Qaeda na Síria* até início de 2016) e outros grupos rebeldes armados – que são estimados em aproximadamente mil grupos, com mais de cem mil guerrilheiros<sup>485</sup>. As áreas em cinza, no mapa, quase não são povoadas. Observa-se, aliás, que o governo não detém controle sobre relevante parte do território. E a situação de crise envolve, também, o Iraque, onde teve início a ascensão do *Estado Islâmico* (ISIS), que será abordada com maiores detalhes no ponto seguinte. O mapa<sup>486</sup> atual do território do país vizinho encontra-se assim dividido:

<sup>485</sup> Informações extraídas de alguns relatórios independentes. Por exemplo: SMALL ARMS SURVEY (Genebra). Syria's Armed Opposition: a Spotlight on the 'Moderates'. SANA Dispatches, número 5, janeiro de 2016. p. 2. Disponível em: <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/R-SANA/SANA-Dispatch5-Syria-armed-opposition.pdf>. Acesso em outubro de 2016. THE CARTER CENTER. *Syria Countrywide Conflict Report n. 5*, 2015. Disponível em : [https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/conflict\\_resolution/syria-conflict/NationwideUpdate-Feb-28-2015.pdf](https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/conflict_resolution/syria-conflict/NationwideUpdate-Feb-28-2015.pdf). Acesso em outubro de 2016. Há também um guia amplo dos grupos de oposição, feito em 2013, disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-24403003>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>486</sup> Al-Jazeera, disponível aqui: <http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2016/08/Iraq-war-map-controls-160830115440480.html>. Acesso em outubro de 2016.





Insere-se nesse contexto, igualmente, a intervenção de forças estrangeiras, de modo direto – por meio de ataques aéreos – e de modo indireto – traduzido em apoio logístico às partes do conflito cujos interesses são comuns aos seus. Na verdade, o que se vê na Síria é a versão moderna do que se chama de “guerra por procuração” (*war-by-proxy*), muito comum na época da Guerra Fria. Segundo Mumford, a guerra por procuração é o envolvimento indireto de terceiros em um conflito, com o desejo de influenciar o resultado estratégico da guerra. “Elas são constituídas de um relacionamento entre um provedor, que é um Estado ou um ator não estatal externo à dinâmica de um conflito existente, e seus eleitos procuradores que recebem armas, treinamento e financiamento do provedor”<sup>487</sup>. Em suma, as guerras por procuração são “o substituto lógico para Estados que procuram avançar seus próprios objetivos estratégicos e, ao mesmo tempo, evitar envolvimento direto, custoso e sangrento na guerra”<sup>488</sup>. Assim, na Síria:

O Irã tem apoiado o regime de Bashar al-Assad, majoritariamente através de seu ramo libanês, o Hezbollah, enquanto os sauditas, os kuwaitis, e os qataris têm financiado uma miríade de grupos

<sup>487</sup> MUMFORD, Andrew. *Proxy Warfare*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 11. “They are constitutive of a relationship between a benefactor, who is a state or non- state actor external to the dynamic of an existing conflict, and their chosen proxies who are the conduit for weapons, training and funding from the benefactor.”

<sup>488</sup> *Ibidem*. “In short, proxy wars are the logical replacement for states seeking to further their own strategic goals yet at the same time avoid engaging in direct, costly and bloody warfare.”

insurgentes sunitas, incluindo o antigo EI, para enfraquecer o poder iraniano na região. [...] Para complicar o cenário, a Rússia está armando o regime de Assad na Síria enquanto Washington arma os rebeldes sírios anti-Assad com, ironicamente, armas que o EI confisca após cada vitória.<sup>489</sup>

A guerra civil na Síria é caracterizada sob o direito internacional humanitário como um conflito armado não internacional, ou, mais precisamente, como uma sobreposição de vários conflitos dessa natureza. É possível identificar, por exemplo, o “conflito entre o regime de Assad contra grupos não estatais de oposição; o conflito entre o regime de Assad e as filiais da al-Qaeda, tais como a Frente al-Nusra ou o grupo Khorasan; conflitos entre os grupos de oposição que competem entre si, incluindo a Unidade de Proteção do Povo Curdo (YPG); e o conflito envolvendo o ISIS/Daesh contra todas as entidades acima”.<sup>490</sup>

Uma breve análise da realidade diária do conflito sugere a perpetração de crimes de guerra por quase todos os atores envolvidos, crimes contra a humanidade, crimes sexuais em padrão sistemático, e, possivelmente, genocídio<sup>491</sup> contra minorias étnico-religiosas<sup>492</sup>. As

---

<sup>489</sup> NAPOLEONI, Loretta. *The Islamist Phoenix: The Islamic State and the Redrawing of the Middle East*. New York: Seven Stories Press, 2014. pp. 47-48. “In Syria, Iran has backed the regime of Bashar al-Assad, mostly through its Lebanese branch, Hezbollah, while the Saudis, the Kuwaitis, and the Qataris have bankrolled a plethora of Sunni insurgent groups, including the former ISIS, to undermine Iranian power in the region. [...] To complicate the picture, Russia is arming the Assad regime in Syria while Washington arms the anti-Assad Syrian rebels with, ironically, weapons that IS confiscates after each victory.”

<sup>490</sup> SCHAACK, Beth Van. Mapping War Crimes in Syria. *International Law Studies*, vol. 92, 2016. p. 7. “In terms of conflict classification, it is possible to identify several overlapping NIACs: conflicts pitting the Assad regime against non-state opposition groups; the conflict between the Assad regime and al-Qaeda affiliates such as the al Nusra Front or the Khorasan Group; conflicts between competing opposition groups including the Kurdish People’s Protection Unit (YPG); and the conflict involving ISIL/Daesh against all of the above.”

<sup>491</sup> Doc. da ONU: S/2016/708. [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_2016\\_708.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2016_708.pdf). Acesso em outubro de 2016.

<sup>492</sup> SCHAACK, *op. cit.*, 2016, p. 2. “In addition to war crimes under international humanitarian law (IHL), the Syrian people have experienced other

potências estrangeiras que fazem parte do conflito também são responsáveis pelo agravamento do cenário em termos humanitários<sup>493</sup>. Essa circunstância torna ainda mais crucial o problema da justificativa apresentada pelos Estados estrangeiros para realizar sua intervenção militar em território sírio.

#### **4.1.2. O “Estado Islâmico” (EI): desenvolvimento e características**

“Depois dos ataques em Orlando (EUA), Dhaka (Bangladesh), Magnanville, Nice, e Normandia (França), e Würzburg e Ansbach (Alemanha) levarem ao martírio de doze soldados do Califado e à morte e injúria de mais de seiscentos *Crusaders* era de se esperar que os adoradores da cruz e os pagãos democratas do Ocidente parassem e contemplassem as razões por detrás da animosidade e da inimizade sustentada por muçulmanos contra ocidentais e tivessem o cuidado de considerar o arrependimento através do abandono de sua infidelidade e da aceitação do islã. Mas a febre e a ilusão causada pelo pecado, superstição e secularismo anestesiarão o que resta de suas mentes e sentidos”.<sup>494</sup>

---

crimes under international criminal law (ICL), including crimes against humanity, summary execution, terrorism, and potentially genocide against ethno-religious minorities.”

<sup>493</sup> Relatório da ONU sobre a situação humanitária: [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_2016\\_796.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2016_796.pdf). Acesso em outubro de 2016.

<sup>494</sup> DABIQ. Revista Oficial do Estado Islâmico. Disponível em: <http://www.clarionproject.org/factsheets-files/islamic-state-magazine-dabiq-fifteen-breaking-the-cross.pdf>. Acesso em outubro de 2016. “After the attacks in Orlando (USA), Dhaka (Bangladesh), Magnanville, Nice, and Normandy (France), and Würzburg and Ansbach (Germany) led to the martyrdom of twelve soldiers of the Caliphate and the deaths and injuries of more than six hundred Crusaders, one would expect the cross-worshippers and democratic pagans of the West to pause and contemplate the reasons behind the animosity and enmity held by Muslims for Westerners and even take heed and consider repentance by abandoning their infidelity and accepting Islam. But the fever and delusion caused by sin, superstition, and secularism have numbed what is left of their minds and senses.”

Para introduzir de modo simples uma questão extremamente complexa, existem basicamente duas respostas para explicar a ascensão e o relativo sucesso do estabelecimento de uma organização terrorista com tamanho poder no Oriente Médio: a resposta longa, que remete à partição da região no pós-guerra ao arbítrio das ex-potências coloniais, e a resposta curta, que se refere à confluência da invasão no Iraque com a guerra civil na Síria, gerando vácuos de poder em seus respectivos territórios<sup>495</sup>. Esses fatores, em certa medida, foram responsáveis pelo aprofundamento das fragilidades políticas da região, criando um ambiente favorável à ação de grupos armados e, em especial, de militâncias terroristas à procura de território.

A maior parte da história da militância islâmica que, hoje, denomina-se *Estado Islâmico no Iraque e na Síria* (EI)<sup>496</sup> aconteceu não na Síria, mas no Iraque. O grupo traça as suas origens na união independente de palestinos e jordanianos fundada por Ahmed Fadl al-Nazal al-Khalayeh (mais conhecido como Abu Musab al-Zarqawi), cujos integrantes passaram a se envolver em lutas *jihad* na Jordânia, no Afeganistão, no Iraque e na Síria. No ano de 1999, o primeiro campo de treinamento do grupo foi estabelecido, a partir de um empréstimo concedido pela al-Qaeda ao seu fundador, de aproximadamente US\$ 200.000,00. A estrutura situava-se em território afegão, próximo à divisa com o Irã. Com a invasão americana no país, o grupo atravessou a fronteira para o Irã e, posteriormente, firmou acampamento no norte do Iraque<sup>497</sup>.

Com o estabelecimento do grupo de Zarqawi no Iraque, sua militância acabou por fundir-se com a al-Qaeda, unindo-se à sua guerra sectária contra a população xiita do país e à sua resistência contra a invasão americana. Após sua morte, em um ataque aéreo americano no ano de 2006, houve uma fase de declínio do grupo. Nesse meio tempo,

---

<sup>495</sup> NAPOLEONI, *op. cit.*, 2014. p. 30.

<sup>496</sup> Nessa pesquisa, a referência ao grupo armado Estado Islâmico no Iraque e na Síria (EIIS ou, em inglês, ISIS) será padronizada na sigla EI, de Estado Islâmico, ou será feita por meio da palavra Daesh, que, em árabe, é o acrônimo equivalente a Estado Islâmico no Iraque e no Levante (al-Dawla al-Islamiya al-Iraq al-Sham). Para mais detalhes sobre o grupo: HOSKEN, Andrew. *Empire of Fear: Inside the Islamic State*. London: Oneworld, 2015; BYMAN, Daniel. *Al Qaeda, the Islamic State, and the Global Jihadist Movement*. New York: Oxford University Press, 2015.

<sup>497</sup> LISTER, *op. cit.*, 2015, p. 261.

uma disputa de poder interna à organização começou a ocorrer no Iraque. A instabilidade perdurou por alguns anos até que, em 2010, sob a liderança de Abu Bakr al Baghdadi, algumas reminiscências da organização se uniram e voltaram a utilizar o nome de *Estado Islâmico no Iraque* (EII), distanciando-se oficialmente, a partir de então, da al-Qaeda, que enfrentava uma crise de popularidade e legitimidade perante os anciãos sunitas à época, propondo “uma imagem mais doméstica e nacionalista”<sup>498</sup> para o EII, em sua oposição ao governo xiita.

Mas o grupo ainda era muito pequeno, no Iraque, para fazer uma real diferença. Foi aí que a vizinha Síria, imersa em crise a partir de 2011, apresentou-se como uma possibilidade concreta de expansão, união e fortalecimento do grupo. Percebendo essa condição, no mesmo período, al-Baghdadi, do Iraque, enviou um pequeno número de jihadistas à Síria:

Viajando por meio de antigas rotas de contrabando através dos desertos no noroeste do Iraque, eles agiram como a vanguarda do EII, encarregados de investigar se o conflito sírio fornecia oportunidades concretas de crescer militarmente. E, de fato, fornecia. A guerra por procuração travada na Síria não apenas equipou os membros do EII com treinamento militar, mas também ofereceu os meios financeiros para relançar o grupo, não como uma das muitas organizações armadas jihadistas, mas como um elemento chave com sua própria fortaleza territorial e maquinário militar.<sup>499</sup>

As redes de apoio e a estruturação do EI na Síria cresceram em um ritmo rápido, devido às prévias conexões transfronteiriças estabelecidas entre militantes extremistas nos dois países. A partir daí,

---

<sup>498</sup> NAPOLEONI, *op. cit.*, 2014, pp. 31-33. “Al Baghdadi was aware of the unpopularity of al Qaeda’s brand among Sunni Iraqis following the Awakening, and purposely projected a more domestic and nationalistic image”.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 34. “In 2011, al Baghdadi dispatched a small number of jihadists to Syria. Traveling along the old smuggling routes across the deserts of northwestern Iraq, they acted as the vanguard of ISI, tasked with investigating whether the Syrian conflict provided concrete opportunities to grow militarily. Indeed, it did. The war-by-proxy fought in Syria not only equipped ISI members with military training, it also offered the financial means to relaunch the group, not as one of many jihadist armed organizations, but as a key player with its own territorial stronghold and military machine.

uma série de ataque suicidas foram conduzidos nas principais cidades do país. Em abril de 2013, Baghdadi anunciou uma nova mudança no nome do grupo, que passaria a se chamar, então, *Estado Islâmico no Iraque e na Síria* (EI ou, em inglês, ISIS), seu nome atual. Na mesma ocasião, o líder da organização anunciou que as redes da al-Qaeda e da frente al-Nusra haviam se fundido em um só grupo, o EI – o que foi na sequência contestado pelas lideranças dessas duas células<sup>500</sup>. Em 2016, estima-se que o grupo contasse com aproximadamente 30.000 (trinta mil) integrantes, somadas as posições de retaguarda com as de combate<sup>501</sup>.

A consolidação territorial do grupo, com a tomada de grandes cidades no Iraque (Mosul) e na Síria (Raqa), aliada ao recrutamento internacional de militantes, inclusive crianças<sup>502</sup>, fez com que a causa se expandisse. Diversas organizações terroristas sediadas em países da região, como Líbia, Egito, Iêmen, Argélia e Arábia Saudita, não demoraram para declarar absoluta fidelidade ao EI<sup>503</sup>. A partir de 2014, inúmeros ataques contra civis começaram a ser perpetrados em diversos países, a mando do EI ou em simpatia à sua propaganda.

O objetivo do grupo, em última análise, é a criação de um Estado (*state building*) soberano, com departamentos governamentais e controle centralizado sobre petróleo, gás e outras partes da economia, no Oriente Médio. Documentos obtidos pela imprensa internacional<sup>504</sup> sobre a estrutura organizacional do grupo revelam um alto grau de sofisticação: as preocupações não são somente militares, mas abrangem detalhadamente áreas como saúde, educação, comércio, comunicação e empregos. Zarqawi, fundador da milícia, era adepto de uma corrente islâmica radical chamada *salafismo*<sup>505</sup>, que implica em uma absoluta rejeição dos valores e da influência ocidental, e até hoje é a doutrina

---

<sup>500</sup> Os dados foram retirados de mapeamento realizado pela Universidade de Stanford, nos Estados Unidos. O estudo pode ser consultado em: <http://web.stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/groups/view/1#note68>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>501</sup> *Ibidem*, nota 138.

<sup>502</sup> Disponível em: <http://edition.cnn.com/2016/02/19/middleeast/isis-child-soldiers/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>503</sup> McCANTS, William. *The ISIS Apocalypse: the History, Strategy, and Doomsday Vision of the Islamic State*. New York: St. Martin's Press, 2015. p. 281.

<sup>504</sup> Disponíveis em: <https://www.theguardian.com/world/2015/dec/07/leaked-isis-document-reveals-plan-building-state-syria>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>505</sup> EGERTON, Frazer. *Jihad in the West: The Rise of Militant Salafism*. New York: Cambridge University Press, 2011.

oficial do EI, cujos seguidores vêm de uma tradição sunita dos islã. Os fundamentos da militância salafista são uma fusão de razões políticas e religiosas, aliadas a uma meta-narrativa sobre o significado da identidade muçulmana. Para os adeptos dessa linha, “o sofrimento e a humilhação de muçulmanos ao redor do mundo não são episódios desconectados, mas uma cadeia em uma série de transgressões cometidas pela aliança ‘cruzados-sionistas’ contra o Islã e os muçulmanos”<sup>506</sup>.

As razões apresentadas pelo EI para o ódio e para a luta que o grupo alegadamente tem travado contra o Ocidente, por meio de táticas terroristas, remetem diretamente a uma narrativa de cunho salafista. Os principais motivos são sumariamente explicados em uma de suas publicações divulgadas em meio eletrônico, onde se lê:

1. Nós os odiamos, primeiramente, porque vocês são descrentes; vocês rejeitam a unitariedade de Allah [...]
2. Nós os odiamos porque suas sociedades liberais e seculares permitem as mesmas coisas que Allah proibiu e proíbem muitas das coisas que Ele permitiu, algo que não os preocupa porque vocês separam religião e Estado, dando, assim, suprema autoridade aos seus caprichos e desejos por meio dos legisladores que vocês elegem para ocupar o poder. [...]
3. No caso dos ateus, nós os odiamos e fazemos guerra contra vocês porque vocês não acreditam na existência de seu Senhor e Criador. [...]
4. Nós os odiamos pelos seus crimes contra o Islã e fazemos guerra contra vocês para puni-los por suas transgressões contra nossa religião. [...]
5. Nós os odiamos por seus crimes contra os muçulmanos; seus drones e suas bombas aéreas matam e mutilam nosso povo ao redor do mundo, e as suas marionetes nas terras usurpadas dos muçulmanos oprimem, torturam e fazem guerra contra qualquer um que clama pela verdade.

---

<sup>506</sup> HAFEZ, M. Martyrdom, Mythology in Iraq: How Jihadists Frame Suicide Terrorism in Videos and Biographies. *Terrorism and Political Violence*, vol. 19, 2007. p. 100. “[...] the suffering and humiliation of Muslims around the world are not unconnected episodes, but a chain in a series of transgressions by the “Crusader–Zionist” alliance against Islam and Muslims”.

6. Nós os odiamos por invadirem nossas terras e lutamos contra vocês para repeli-los e forçá-los a sair. Enquanto houver uma polegada de território a ser reclamado, a *jihad* continuará a ser uma obrigação pessoal a cada muçulmano.<sup>507</sup>

Nota-se o tom religioso do conflito estabelecido com o “Ocidente”, mais especificamente representado pela cultura e pelos valores liberais em suas expressões concretas de poder, como o governo dos Estados Unidos e de seus aliados. Contudo, infere-se também a dimensão altamente política da oposição, à medida que se faz referência à invasão e à usurpação de terras originalmente muçulmanas, e, em geral, à alegada opressão do povo muçulmano pelos governos ligados às potências liberais. Com o tempo, o fortalecimento do EI na Síria fez com que as potências estrangeiras ocidentais, e seus aliados, se vissem diante de uma difícil encruzilhada: “sua política oficial era de livrar-se de Assad, mas o EI era agora a segunda força militar mais forte na Síria; se ele caísse, o EI se encontrava em uma boa posição para preencher o vácuo”<sup>508</sup>. O tabuleiro político assumiu uma configuração complexa aos

---

<sup>507</sup> DABIQ. Disponível em: <http://www.clarionproject.org/factsheets-files/islamic-state-magazine-dabiq-fifteen-breaking-the-cross.pdf>. Acesso em outubro de 2015. “1. We hate you, first and foremost, because you are disbelievers; you reject the oneness of Allah [...] 2. We hate you because your secular, liberal societies permit the very things that Allah has prohibited while banning many of the things He has permitted, a matter that doesn’t concern you because you separate between religion and state, thereby granting supreme authority to your whims and desires via the legislators you vote into power [...] 3. In the case of the atheist fringe, we hate you and wage war against you because you disbelieve in the existence of your Lord and Creator. [...] 4. We hate you for your crimes against Islam and wage war against you to punish you for your transgressions against our religion. [...] 5. We hate you for your crimes against the Muslims; your drones and fighter jets bomb, kill, and maim our people around the world, and your puppets in the usurped lands of the Muslims oppress, torture, and wage war against anyone who calls to the truth. [...] 6. We hate you for invading our lands and fight you to repel you and drive you out. As long as there is an inch of territory left for us to reclaim, jihad will continue to be a personal obligation on every single Muslim.”

<sup>508</sup> COCKBURN, Patrick. *The Rise of the Islamic State: ISIS and the New Sunni Revolution*. London: Verso, 2015. p. 67. “As ISIS became the largest force in the Syrian opposition it presented the West and its regional allies—Saudi Arabia, Qatar, UAE, and Turkey—with a quandary: their official policy was to



olhos do Ocidente, que começou a ver-se forçado a cooperar com o governo sírio para combater o EI.

O governo sírio, de sua parte, declara-se inimigo do EI<sup>509</sup> e, a seu turno, o grupo considera o regime de Assad como apóstata. Mas as relações entre as duas partes são mais complexas do que parecem à primeira vista. Existem análises que apontam atos do regime governista como um dos fatores que causou e permitiu a ascensão do grupo na Síria<sup>510</sup>. Em 2011, o presidente sírio libertou um número desconhecido de jihadistas da prisão, com o objetivo de promover a violência entre os que protestavam contra o governo, inclusive facilitando o trabalho dos extremistas<sup>511</sup>. “O regime de Assad, por vezes, recuou de operações militares em algumas áreas controladas pelo Estado Islâmico, usou sua força aérea para bombardear forças moderadas de oposição que lutam contra o Estado Islâmico, e comprou petróleo do Estado Islâmico”<sup>512</sup>. Com a evolução da complexidade das relações de inimizado no conflito sírio, a condescendência do governo com o EI é em certas ocasiões politicamente interessante, pois enfraquece seus inimigos em comum.

---

get rid of Assad, but ISIS was now the second strongest military force in Syria; if he fell, it was in a good position to fill the vacuum.”

<sup>509</sup> A respeito, veja: Carta do Governo Sírio ao Conselho de Segurança. Doc. A/67/701-S/2013/30.

[http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_2013\\_30.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2013_30.pdf). Acesso em outubro de 2016. Ver também: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/dec/09/the-guardian-view-on-syria-policy-isis-is-the-enemy-but-assad-is-the-problem>.

Acesso em outubro de 2016.

<sup>510</sup> Por exemplo: HOF, Frederic C. The Islamic State and Assad: Two sides of the same coin. *The Washington Post*, 29 de setembro de 2016. [https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2016/09/29/the-islamic-state-and-assad-two-sides-of-the-same-coin/?utm\\_term=.4fbaf6534813](https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2016/09/29/the-islamic-state-and-assad-two-sides-of-the-same-coin/?utm_term=.4fbaf6534813). Acesso em outubro de 2016.

<sup>511</sup> McCANTS, *op. cit.*, 2015. p. 171. “When Syrians began peacefully protesting against their government in 2011, the Assad regime released an unknown number of jihadists from prison.98 The release was calculated to foster violence among the protestors and give Assad a pretext for a brutal crackdown. It worked. As a Syrian intelligence officer would later reveal, ‘The regime did not just open the door to the prisons and let these extremists out, it facilitated them in their work, in their creation of armed brigades.’”

<sup>512</sup> BYMAN, *op. cit.*, 2015, p. 179. “The Asad regime has at times refrained from military operations in some Islamic State-controlled areas, used its air force to bomb the moderate opposition forces fighting the Islamic State, and bought oil from the Islamic State.”

Repise-se que o discurso oficial, no entanto, e mesmo a prática na maior parte do tempo, é de oposição e inimizade. O fato de o governo deixar de atacar um inimigo (o EI), às vezes, para atacar outro, é mais consequência do tabuleiro político do que eventual aliança com o EI. Nesse ponto, não se pode, em termos gerais, considerar o governo sírio como condescendente ou apoiador do EI (tal qual a relação que existia entre o regime Talibã e a al-Qaeda, ou mesmo entre o Líbano e o Hezbollah), nem mesmo de tolerância ou passividade. O que pode se afirmar, porém, é que o combate do governo contra o EI, até agora, tem falhado em retomar o controle das partes do território sírio dominadas pelo grupo<sup>513</sup>.

As fontes de receita do grupo são variadas e incluem: a taxação e extorsão sistematicamente praticadas contra pessoas que vivem nos territórios dominados pelo grupo, receitas advindas de fontes de energia, produção e refinaria de petróleo, doações de simpatizantes, roubo de antiguidades, sequestros internacionais, entre outras<sup>514</sup>. Os ataques aéreos vêm enfraquecendo algumas dessas fontes, em especial a derivada do petróleo, forçando o grupo a buscar sustento financeiro por outros meios – como, por exemplo, intensificando a extorsão, como observou o Secretário-Geral da ONU em Relatório apresentado ao Conselho de Segurança: “[...] devido à crescente pressão nas finanças do EI na República Árabe da Síria e no Iraque, existe um risco agravado de que o EI tentará explorar outras atividades geradoras de receitas”<sup>515</sup>.

O EI não pode ser juridicamente classificado como um Estado. A entidade, apesar de denominar-se “Estado” Islâmico, não possui os elementos constitutivos previstos na Convenção de Montevideu de

---

<sup>513</sup> CORTEN, Olivier. The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it Be, Accepted? *Leiden Journal of International Law*, junho de 2016. p. 2.

<sup>514</sup> Doc. da ONU: S/2015/739. *Letter dated 25 September 2015 from the Chair of the Security Council Committee pursuant to Resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011) concerning Al-Qaida and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council*. 25 de setembro de 2015.

<sup>515</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Secretary-General on the threat posed by ISIL (Da'esh) to international peace and security and the range of United Nations efforts in support of Member States in countering the threat*. 31 de maio de 2016. Doc. da ONU: S/2016/501. Parágrafo 12. “[...] owing to the increased pressure on ISIL finances in the Syrian Arab Republic and Iraq, there is an increased risk that ISIL will attempt to exploit additional revenue-generating activities.”

1933<sup>516</sup> e no direito costumeiro internacional (território definido e capacidade de entrar em relações com outros Estados, em especial), não tem o reconhecimento da comunidade internacional. Além disso, situa-se em território pertencente a outros Estados, adquirido provisoriamente por meio do uso da força, isto é, por meio de uma violação ao direito internacional. Logo, *ex injuria jus non oritur*<sup>517</sup>.

Em geral, o EI é visto pela comunidade internacional como um grupo terrorista, cuja atividade representa grave ameaça à paz e à segurança internacionais. Estima-se que, após o início e a intensificação das ofensivas aéreas contra a infraestrutura e as instalações militares do grupo na Síria, o EI esteja passando por uma nova fase, com adoção de estratégias alternativas visando à sua preservação e expansão. Contudo, a propaganda e o recrutamento do EI, majoritariamente via *internet*<sup>518</sup> (através de seu denominado *exército cibernético*), continuam, e, conseqüentemente, segue presente o fluxo de combatentes para as fileiras do califado. O número aproximado de pessoal de combate do EI em solo sírio e iraquiano, em maio de 2016, era de 30.000<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> “Artigo 1. O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos. I. População permanente. II. Território determinado. III. Governo. IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D1570.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm). Acesso em outubro de 2016.

<sup>517</sup> FLASCH, *op. cit.*, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2663043>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>518</sup> *Ibidem*, parágrafos 37 e ss. “Although many ISIL accounts have been suspended in recent years, it has maintained a proactive response to sustain control over its propaganda on social networking sites. [...] ISIL may currently lack technical capabilities for cyberattacks against critical infrastructures. However, the risk that ISIL will purchase attack tools from the “darknet” is real and developing. Data (in particular sensitive personal data of law enforcement personnel) is a key target for ISIL and its sympathizers. The so -called “caliphate cyber army” and other hacker groups that currently appear to be only sympathizers of ISIL could be recruited by ISIL as force multipliers.”

<sup>519</sup> *Ibidem*, parágrafo 18. “Significant numbers of foreign terrorist fighters continue to travel from States around the world to join ISIL in Iraq and the Syrian Arab Republic. One Member State reported that around 38,000 individuals may have attempted to travel to the region in the past few years. Several Member States estimate that ISIL currently commands a total of around 30,000 fighters in the region (this number includes Syrian and Iraqi citizens in addition to foreign terrorist fighters). Most foreign terrorist fighters currently with ISIL travel from North Africa, the Middle East and Central Asia. Significant numbers have also travelled from Europe and South and South-East

#### 4.1.3. Um panorama dos ataques e contra-ataques ocorridos entre 2014-2016

Segundo relatório<sup>520</sup> publicado pelo governo americano em agosto de 2016, um total aproximado de 101 ataques relacionados ao EI foram perpetrados contra o “ocidente” (*the West*) entre os anos de 2014 a 2016, resultando em um número de mortes que supera 1600, com média de 50 mortes por ataque a partir de 2015. Metade dos incidentes teriam sido diretamente conduzidos pelo grupo, enquanto a outra metade originou-se de pessoas declaradamente inspiradas pela filosofia do califado. O padrão envolve, em geral, atentados em lugares que reúnem uma grande quantidade de pessoas, como o transporte público – estações de metrô e saguões de aeroportos, em especial – ou casas/locais de entretenimento – estádios de futebol, celebração de carnaval de rua, casas de show –, com o objetivo de atingir o máximo de civis possível.

Na verdade, ao longo dos últimos três anos, muitos ataques foram perpetrados e reivindicados pelo EI, atingindo países ocidentais e não ocidentais, cristãos e árabes, desenvolvidos e não desenvolvidos, em mais de um continente<sup>521</sup>. Milhares de pessoas foram mortas e outras dezenas de milhares, feridas, inclusive na Síria e no Iraque. Devido ao escopo desta pesquisa, serão brevemente mencionados nesta seção do trabalho apenas aqueles de maior envergadura e, dentre eles, ainda, apenas alguns dos que foram dirigidos contra determinadas nações do ocidente. Esta limitação da análise não tem o condão de destacar a gravidade de alguns ataques em detrimento de outros, mas tão somente de limitar o estudo aos componentes que serão relevantes para a

---

Asia. Information provided by Member States indicates that the flow continues. Even though the increase in the number of new foreign terrorist fighters travelling from some regions has slowed, the travel and attempted travel of new foreign terrorist fighters from other regions has increased. Countermeasures taken by States to detect and deter foreign terrorist fighters, and increased controls at the borders of Iraq and the Syrian Arab Republic, may be affecting the numbers of such fighters able to join ISIL.”

<sup>520</sup> Disponível em: <https://homeland.house.gov/wp-content/uploads/2016/07/100-ISIS-Linked-Plots-Report-.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>521</sup> Veja um resumo: <http://www.nytimes.com/interactive/2015/06/17/world/middleeast/map-isis-attacks-around-the-world.html? r=0>. Acesso em outubro de 2016.

subsequente discussão acerca do direito à legítima defesa, que foi invocado por determinadas nações vítimas dos atentados.

Em 7 de janeiro de 2015<sup>522</sup>, a sede do semanário satírico francês *Charlie Hebdo*, situada em região próxima à Praça da Bastilha em Paris, foi brutalmente atacada por terroristas islâmicos após ter lançado uma edição da revista contendo uma caricatura do profeta Maomé. No total, 17 pessoas foram mortas naquele dia. O ataque foi elogiado pelo EI e sua responsabilidade foi assumida por uma célula ligada à al-Qaeda<sup>523</sup>, apesar de os responsáveis terem declarado aliança ao EI e de ter sido encontrada em sua casa uma bandeira do califado<sup>524</sup>.

Em março do mesmo ano, atiradores mataram 21 pessoas em um museu nacional na Tunísia (Museu Bardo), em sua maioria de origem europeia. O EI assumiu a responsabilidade pelo ataque<sup>525</sup>. Três meses depois, um novo ataque por atiradores islâmicos na Tunísia, dessa vez em um hotel *resort* turístico na cidade de Sousse, deixou 39 mortos. As vítimas, como no primeiro episódio, eram majoritariamente europeias, e vinham, por exemplo, da Alemanha, da Bélgica e do Reino Unido<sup>526</sup>.

No mês de novembro, Paris foi, mais uma vez, o alvo escolhido. Em um ataque minuciosamente coordenado que atingiu mais de uma região da cidade ao mesmo tempo, extremistas islâmicos abriram fogo em uma casa de shows, em restaurantes e cafés, matando, ao todo, 130 civis e ferindo mais de 350<sup>527</sup>. O EI, pouco tempo depois, assumiu responsabilidade pelo ocorrido, em um comunicado<sup>528</sup>, e justificou o ato com base nas ofensas do país ao profeta Maomé, e na participação da

---

<sup>522</sup> A respeito: <http://edition.cnn.com/2015/01/21/europe/2015-paris-terror-attacks-fast-facts/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>523</sup> Disponível em: <http://www.nbcnews.com/storyline/paris-magazine-attack/isis-releases-video-praising-paris-terror-attacks-n286131>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>524</sup> Disponível em: <http://www.cbsnews.com/pictures/isis-attacks-a-timeline-of-terror/19/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>525</sup> Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/live/2015/mar/18/terror-attack-tunisia-bardo-museum-live-updates>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>526</sup> Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-tunisia-security-idUSKBN0P61F020150626>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>527</sup> Disponível em: [http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/12/30/13-novembre-l-assaut-du-bataclan-heure-par-heure\\_4839440\\_4809495.html](http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/12/30/13-novembre-l-assaut-du-bataclan-heure-par-heure_4839440_4809495.html). Acesso em outubro de 2016.

<sup>528</sup> Disponível em: [http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/11/14/attaques-a-paris-francois-hollande-evoque-un-acte-de-guerre-commis-par-une-armee-terroriste\\_4809867\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/11/14/attaques-a-paris-francois-hollande-evoque-un-acte-de-guerre-commis-par-une-armee-terroriste_4809867_3224.html). Acesso em outubro de 2016.

França nos ataques contra o território sírio – que, naquele momento, já estava em curso.

Seguindo o mesmo padrão, bombardeios suicidas realizados por extremistas islâmicos atingiram o aeroporto (*Zaventem*) e uma estação de metrô (*Maalbeek*) em Bruxelas, em março de 2016. No evento, 34 pessoas morreram e mais de 200 foram feridas<sup>529</sup>. De imediato, o EI reivindicou a autoria dos atentados por meio de dois vídeos divulgados via contas de *Twitter* – primeira vez em que esse método foi utilizado pelo grupo –, ameaçando praticar novos ataques contra a Bélgica<sup>530</sup>.

Em 12 de junho de 2016, um indivíduo radicalizado por inspiração no discurso do EI atacou uma casa noturna destinada ao público *gay* na cidade de Orlando, nos Estados Unidos, matando 49 pessoas e ferindo mais outras dezenas<sup>531</sup>. Antes de cometer o ato, Omar Mateen ligou ao 911 e contou que declarava sua aliança ao EI, de modo que esta foi, ao que se sabe, a terceira vez que uma aliança desse tipo foi invocada nos Estados Unidos<sup>532</sup>.

No mês seguinte, um homem, dirigindo um caminhão, lançou propositadamente o veículo contra uma multidão de civis, reunida na cidade francesa de Nice em comemoração nacional ao dia da Bastilha. No episódio, 84 pessoas morreram e mais de 200 ficaram feridas<sup>533</sup>. Através da agência de notícias *Amaq* – agência oficial do califado –, o grupo reivindicou a autoria do atentado, o que gerou, inclusive, uma onda de sátiras por parte de internautas franceses acerca das múltiplas e

---

<sup>529</sup> Disponível em: <http://www.humanite.fr/belgique-deux-explosions-laeroport-de-bruxelles-602653>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>530</sup> Disponível em: <http://www.lalibre.be/actu/international/daesh-revendique-les-attentats-de-bruxelles-et-menace-encore-la-belgique-dans-deux-videos-56f5902835702a22d5bb4845>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>531</sup> Disponível em: <http://www.nytimes.com/news-event/2016-orlando-shooting>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>532</sup> Disponível em: [http://www.nytimes.com/2016/06/13/us/orlando-omar-mateen-isis.html?rref=collection%2Fnews-event-collection%2F2016-orlando-shooting&action=click&contentCollection=us&region=stream&module=stream\\_unit&version=latest&contentPlacement=252&pgtype=collection](http://www.nytimes.com/2016/06/13/us/orlando-omar-mateen-isis.html?rref=collection%2Fnews-event-collection%2F2016-orlando-shooting&action=click&contentCollection=us&region=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=252&pgtype=collection). Acesso em outubro de 2016.

<sup>533</sup> Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/07/15/nice-terror-attack-on-bastille-day-everything-we-know-so-far-on/>. Acesso em outubro de 2016.

dúbias reivindicações feitas pelo grupo em inúmeros ataques praticados ao redor do mundo<sup>534</sup>.

Foi em resposta a esses e outros incidentes reivindicados ou inspirados pelo EI que, sob convocação dos Estados Unidos, um grupo de países formou uma Coalizão Global (*Global Coalition*) com o objetivo de “degradar e, em última instância, destruir”<sup>535</sup> o EI. A Coalizão é atualmente integrada por 67 países e organizações internacionais, dos quais 27 países pertencem ao braço militar do movimento<sup>536</sup>. A atividade da Coalizão envolve a realização de manobras militares no território do Iraque e da Síria, mas não se restringe a isso. O bloco também realiza esforços para enfraquecer o financiamento e a infraestrutura do grupo, prevenir o influxo de militantes através das fronteiras, apoiar a estabilização de áreas liberadas do domínio do Daesh e criar uma contra-narrativa ao “falso” discurso (proto-)islâmico da organização<sup>537</sup>.

Em concreto, no dia 22 de setembro de 2014, alguns dias após Obama ter anunciado planos para a realização de uma campanha sistemática de ataques aéreos contra o EI<sup>538</sup>, os Estados Unidos e outros

---

<sup>534</sup> Disponível em: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/nice-attack-isis-responsibility-mocked-french-people-twitter-bastille-day-bouhleb-a7143226.html>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>535</sup> Os países participantes da Coalizão em agosto de 2016 eram: Afeganistão, Albânia, Alemanha, a Liga Árabe, Austrália, Áustria, Bahrain, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Canadá, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Egito, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, União Europeia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Iraque, Irlanda, Itália, Japão, Jordânia, Kosovo, Kuwait, Letônia, Líbano, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malásia, Moldávia, Montenegro, Marrocos, Holanda, Nova Zelândia, Nigéria, Noruega, Oman, Panamá, Polônia, Portugal, Qatar, Coreia do Sul, Romênia, Arábia Saudita, Sérvia, Singapura, Somália, Suécia, Taiwan, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Emirados Árabes Unidos, Reino Unido e Estados Unidos da América. Mais informações disponíveis em: <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R44135.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>536</sup> Conforme informações do site oficial do movimento: <http://theglobalcoalition.org/partners/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>537</sup> Disponível em: <http://theglobalcoalition.org/mission/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>538</sup> O que pode ser confirmado por um discurso dado pelo Presidente ao povo americano em 10 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/09/10/statement-president-isis-1>. “First, we will conduct a systematic campaign of airstrikes against these terrorists. Working with the Iraqi government, we will expand our efforts

Estados da Coalizão conduziram os primeiros ataques aéreos<sup>539</sup> em diversas áreas na Síria, com o objetivo declarado de destruir estruturas e recursos do EI. Desde então, outros Estados juntaram-se à campanha, e milhares de bombas aéreas foram e têm sido despejadas diariamente pela Coalizão em diversas áreas da Síria. No *website* do movimento, encontra-se um resumo do relatório de seu progresso militar entre os anos de 2014 e 2016:

13 membros da Coalizão conduziram mais de 10.000 ataques aéreos no Iraque e na Síria. Esses ataques removeram milhares de lutadores do Daesh do campo de batalha e destruíram milhares de peças do equipamento militar do Daesh. [...] A Coalizão também está contribuindo com significativos recursos, equipamentos, e pessoal para treinar parceiros locais para liderar a luta contra o Daesh. 18 países destacaram mais de 5.500 homens para apoiar o treinamento e a equipagem das Forças de Segurança Iraquianas (ISF) em lugares de Construção de Capacidade de Parceiros (BPC) no Iraque. Outros estão doando equipamento, munição e capacidade aérea. Até agora, a Coalizão treinou mais de 17.000 soldados das ISF. Seis parceiros da Coalizão também contribuíram para treinar e equipar sírios a fim de permitir a realização de operações contra o Daesh por forças de oposição no noroeste da Síria.<sup>540</sup>

---

beyond protecting our own people and humanitarian missions, so that we're hitting ISIL targets as Iraqi forces go on offense. Moreover, I have made it clear that we will hunt down terrorists who threaten our country, wherever they are. That means I will not hesitate to take action against ISIL in Syria, as well as Iraq. This is a core principle of my presidency: If you threaten America, you will find no safe haven."

<sup>539</sup> Disponível em: <http://abcnews.go.com/International/airstrikes-successful-isis-targets-syria-us-military/story?id=25686031>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>540</sup> "13 Coalition members have conducted over 10,000 airstrikes in Iraq and Syria. These strikes have removed thousands of Daesh fighters from the battlefield and destroyed thousands of pieces of Daesh's military equipment. [...] The Coalition is also contributing significant resources, equipment, and personnel to training local partners to lead the fight against Daesh. 18 countries have deployed over 5,500 personnel to support training and equipping Iraqi Security Forces (ISF) at Building Partner Capacity (BPC) sites in Iraq. Others



Um relatório mais detalhado no próprio *site* aponta um total de mais de 13.500 ataques aéreos até agora, dentre os quais 4.000 foram em território sírio, e mais de 11.500 ataques de artilharia conduzidos a partir do território da Turquia contra as estruturas do Daesh no norte da Síria. Particularmente, de acordo com um recente documento apresentado pelo Secretário Geral da ONU ao Conselho de Segurança, no mínimo 200 civis morreram no mês de agosto deste ano na Síria, em virtude de ataques aéreos realizados em diversas cidades do país<sup>541</sup>. O que teve início a partir de setembro de 2014, portanto, continua até o momento em que esta dissertação está sendo escrita. Ressalta-se, porém, que nesse contexto também há ataques aéreos que são conduzidos pelo próprio governo sírio em seu território, e outros por países que não fazem parte da Coalizão, como a Rússia, aliada de Bashar al-Assad.

\*

Em apertadíssima síntese, esses são os elementos principais dos fatos que interessam diretamente a esta pesquisa. É preciso atentar, no entanto, às intrínsecas limitações dessas poucas páginas acerca da possibilidade de capturar toda a complexidade do processo conflituoso que, desde 2014, tem se intensificado na região. Por essas e outras razões, aliás, o propósito desta dissertação não é de modo algum fazer uma ampla análise política e/ou histórica do conflito. Do contrário, nosso objetivo é realizar uma análise específica. Em termos temporais, nossa pesquisa se limita aos fatos ocorridos entre 22 de setembro de 2014, data dos primeiros ataques aéreos da Coalizão em território sírio, até outubro/novembro de 2016. Nesse período de dois anos, o objetivo é investigar problemas jurídicos internacionais derivados do uso unilateral da força por Estados da Coalizão em território sírio, em combate ao EI, e, em especial, de que modo o caso sírio pode ser enquadrado no

---

are donating equipment, ammunition and airlift capability. So far, the Coalition has trained over 17,000 ISF. Six Coalition partners have also contributed to training and equipping Syrians to enable counter-Daesh operations by opposition forces in northwest Syria.” Disponível em: <http://theglobalcoalition.org/mission/military-progress/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>541</sup> Disponível em: [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_2016\\_796.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2016_796.pdf). Acesso em outubro de 2016.

panorama jurídico do direito internacional da legítima defesa em sua interpretação contemporânea. Com isso em mente, construindo-se sobre tudo o que já se expôs nos capítulos anteriores acerca do tema, as próximas e últimas subseções desta pesquisa se concentrarão nos posicionamentos jurídicos articulados pelos principais Estados envolvidos nesse contexto (Iraque, Síria e alguns Estados da Coalizão); na análise dos termos da Resolução 2249 (2015) do Conselho de Segurança, que tratou especificamente do uso da força na Síria; e, ao final, da verificação das repercussões – reais e possíveis – do precedente sírio na doutrina mais recente e no quadro do direito internacional contemporâneo sobre o uso da força.

## **4.2. As posições dos atores envolvidos e os fundamentos jurídicos invocados**

### **4.2.1. A posição iraquiana: consentimento expresso e legítima defesa coletiva**

Em carta endereçada ao Secretário Geral das Nações Unidas no dia 25 de junho de 2014, o governo do Iraque relatou alguns aspectos das dificuldades que vinha enfrentando no combate ao terrorismo e, no mesmo ato, solicitou auxílio da comunidade internacional para fazer frente ao avanço do Estado Islâmico em seu território. Do documento, extraem-se os seguintes trechos:

Em 8 de junho de 2014, com encorajamento de vários atores, o Estado Islâmico no Iraque e no Levante (ISIL), uma entidade que está incluída na lista internacional de organizações terroristas, assumiu o controle da antiga cidade de Mosul, a capital da província de Ninawa [...]

O ISIL desde então tem aterrorizado cidadãos, conduzido execuções em massa, perseguido minorias e mulheres, e destruído mesquitas, santuários e igrejas. Esse grupo ameaça agora várias províncias, incluindo Bagdá, graças ao apoio externo e ao influxo de milhares de terroristas estrangeiros de várias nacionalidades através da fronteira na Síria. [...]

A ameaça do ISIL não é nova para nós. O Iraque tem estado sujeito a ataques terroristas por quase

uma década pela al-Qaeda, que se renomeou como ISIL. A situação tornou-se mais séria nos últimos dois anos, pois o ISIL tem repetidamente conduzido ataques contra o território iraquiano a partir da Síria oriental. [...]

Nós, portanto, solicitamos às Nações Unidas e à comunidade internacional que reconheçam a séria ameaça que nosso país e a ordem internacional estão enfrentando. Esses terroristas internacionais procuram eliminar fronteiras, exacerbar violência e oxigenar as chamas da guerra civil. [...] Nós necessitamos de seu apoio para derrotar o ISIL e proteger nosso território e nosso povo. Em particular, nós solicitamos aos Estados Membros que nos auxiliem providenciando treinamento militar, tecnologia avançada e as armas necessárias para responder a essa situação, com o objetivo de negar aos terroristas áreas de teste e abrigos seguros.<sup>542</sup>

Em seguida, a convite do Presidente da República Francesa e do Presidente da República do Iraque, uma conferência internacional teve lugar em Paris, no mês de setembro de 2014, para discutir a situação da

---

<sup>542</sup> Doc. da ONU: S/2014/440. “On 8 June 2014, with encouragement from several actors, the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL), an entity that is included in the international list of terrorist organizations, took control of the ancient city of Mosul, the capital of Ninawa governorate. [...] ISIL has since been terrorizing citizens, carrying out mass executions, persecuting minorities and women, and destroying mosques, shrines and churches. This group now threatens several governorates, including Baghdad, thanks to external support and the influx of thousands of foreign terrorists of various nationalities from across the border in Syria. [...] The threat of ISIL is not new to us. Iraq has been subjected to terrorist attacks for nearly a decade by Al-Qaida, which has renamed itself ISIL. The situation has become more serious over the past two years, as ISIL has repeatedly launched attacks against Iraqi territory from eastern Syria. [...] We therefore call on the United Nations and the international community to recognize the serious threat our country and the international order are facing. These international terrorist groups seek to eliminate borders, exacerbate violence and fan the flames of civil war. [...] we need your support in order to defeat ISIL and protect our territory and people. In particular, we call on Member States to assist us by providing military training, advanced technology and the weapons required to respond to the situation, with a view to denying terrorists staging areas and safe havens.”

paz e da segurança internacional relacionada às ameaças terroristas no Iraque. Na ocasião, os 29 Estados e organizações internacionais presentes<sup>543</sup> declararam que “o Daesh (ISIL) é uma ameaça não só ao Iraque mas à toda a comunidade internacional e que confrontar essa ameaça onde quer que ela esteja demandará um esforço de longo prazo por parte da comunidade internacional”, assumindo o compromisso, na ocasião, de “apoiar o novo Governo Iraquiano em sua luta contra o Daesh (ISIL), por quaisquer meios necessários, incluindo a devida assistência militar, alinhada com as necessidades expressadas pelas autoridades iraquianas, de acordo como direito internacional e sem prejudicar a segurança civil”<sup>544</sup>.

Poucos dias depois, uma nova carta foi enviada ao Conselho de Segurança pelo Representante Permanente do Iraque nas Nações Unidas, na qual o país formalizou o convite realizado às forças americanas para liderar esforços em uma ação contra o EI, em seu território e também além de suas fronteiras, na Síria, com o propósito de proteger o povo e o território iraquianos dos ataques do EI. Conforme se lê da carta,

Muito embora o Iraque esteja verdadeiramente necessitado da assistência de seus amigos no combate a esse terrorismo mau, o país confere não menos importância à preservação de sua soberania e de sua capacidade de tomar decisões de modo independente, as quais devem ser honradas em todas as circunstâncias.

Como notamos em nossa carta anterior, o ISIL estabeleceu um abrigo seguro fora das fronteiras

---

<sup>543</sup> Bahrain, Bélgica, Canadá, China, República Tcheca, Dinamarca, Egito, França, Alemanha, Iraque, Itália, Japão, Jordânia, Kuwait, Líbano, Holanda, Noruega, Omã, Qatar, Rússia, Arábia Saudita, Espanha, Turquia, Emirados Árabes Unidos, Reino Unido, Estados Unidos da América, Liga Árabe, União Europeia e Nações Unidas.

<sup>544</sup> Disponível em: <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/iraq/events/article/international-conference-on-peace>. Acesso em outubro de 2016. “The conference participants asserted that Daesh (ISIL) is a threat not only to Iraq but also to the entire international community and that confronting such a threat wherever it is will require a long term effort from the international community. [...] they committed to supporting the new Iraqi Government in its fight against Daesh (ISIL), by any means necessary, including appropriate military assistance, in line with the needs expressed by the Iraqi authorities, in accordance with international law and without jeopardizing civilian security.”

do Iraque que é uma ameaça direta à segurança de nosso povo e território. Estabelecendo esse abrigo seguro, o ISIL assegurou para si a capacidade de treinar, planejar, financeira e conduzir operações terroristas através de nossas fronteiras. A presença desse abrigo seguro tornou nossas fronteiras impossíveis de se defender e expôs nossos cidadãos à ameaça de ataques terroristas.

É por essas razões que nós, de acordo com o direito internacional e os relevantes acordos bilaterais e multilaterais, e com a devida consideração da completa soberania nacional e da Constituição, solicitamos aos Estados Unidos da América para liderar esforços internacionais para atacar as infraestruturas do ISIL e suas fortalezas militares, com nosso expresso consentimento. O objetivo de tais ataques é pôr fim à constante ameaça ao Iraque, proteger os cidadãos do Iraque e, em última instância, armar as forças iraquianas e possibilitar-lhes a retomada do controle das fronteiras do Iraque.<sup>545</sup> (sem grifo no original)

O documento, portanto, conferia uma licença jurídica ao governo dos Estados Unidos da América – e seus aliados – para intervir militarmente em território iraquiano sem violar o direito internacional, pois comprovava, por si só, o *consentimento* do Iraque com as futuras

---

<sup>545</sup> Doc. da ONU: S/2014/691. “Although Iraq is in great need of the assistance of its friends in combatting this evil terrorism, it nonetheless attaches great importance to preserving its sovereignty and its ability to take decisions independently, both of which must be honoured in all circumstances. As we noted in our earlier letter, ISIL has established a safe haven outside Iraq’s borders that is a direct threat to the security of our people and territory. By establishing this safe haven, ISIL has secured for itself the ability to train for, plan, finance and carry out terrorist operations across our borders. The presence of this safe haven has made our borders impossible to defend and exposed our citizens to the threat of terrorist attacks. It is for these reasons that we, in accordance with international law and the relevant bilateral and multilateral agreements, and with due regard for complete national sovereignty and the Constitution, have requested the United States of America to lead international efforts to strike ISIL sites and military strongholds, with our express consent. The aim of such strikes is to end the constant threat to Iraq, protect Iraq’s citizens and, ultimately, arm Iraqi forces and enable them to regain control of Iraq’s borders.”

operações militares realizadas no país. Isso porque, no direito internacional, o consentimento de um Estado funciona como excluyente de ilicitude<sup>546</sup> de um ato praticado contra si e, portanto, basta para afastar a incidência da proibição legal ao uso da força nos limites do que foi consentido.

E não apenas isso. A posição iraquiana também abriu espaço para que os Estados Unidos invocassem, como justificativa para sua ação militar, o direito à legítima defesa coletiva, uma vez que a carta não deixava margem de dúvida quanto ao fato de que o Iraque estava solicitando assistência militar para lidar com uma ameaça terrorista que partia do território Sírio contra si – “fora de nossas fronteiras”. Assim, o documento teve o condão não apenas de fornecer um título jurídico à intervenção militar americana no Iraque, mas, também, de expandir o espectro jurídico invocável para uma ação militar americana em território sírio, uma vez que a legítima defesa individual não se mostrava disponível pois, até aquele momento, nenhum ataque do EI havia sido perpetrado especificamente contra os Estados Unidos ou seus aliados. Dito e feito: um dia depois da carta, os Estados Unidos iniciariam os ataques aéreos na Síria, fazendo menção ao consentimento e à solicitação iraquiana em sua justificativa perante o Conselho de Segurança, como se verá logo adiante. Desde então, aliás, não há notícia de que a posição iraquiana a respeito, em termos jurídicos, tenha sido modificada, de maneira que o título permanece válido.

O governo iraquiano, contudo, foi cauteloso na extensão do consentimento, referindo-se, em sua permissão, apenas aos esforços liderados pelos Estados Unidos da América. Iniciativas independentes não estariam abrangidas pela licença iraquiana, como foi o caso das atividades militares empreendidas pela Turquia no território do Iraque no ano seguinte, em 2015. Nesse episódio, em mais uma carta enviada ao Conselho de Segurança, o governo do Iraque condenou amplamente qualquer movimento militar em seu território sem prévia consulta ou sem a sua aprovação, expressando o entendimento de que tais condutas

---

<sup>546</sup> Segundo o artigo 20 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados, da Comissão de Direito Internacional: “Um consentimento válido de um Estado à comissão de um determinado ato por outro Estado exclui a ilicitude daquele ato em relação ao primeiro na medida em que o ato permanece dentro dos limites do mencionado consentimento”. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

violam o direito internacional aplicável e atentam contra a sua soberania. É o que se infere da carta:

A entrada de forças Turcas, incluindo pesados equipamentos militares de combate e um grande número de tropas, em direção ao interior do território do Iraque é um ato de provocação e viola o direito internacional. Esses movimentos militares são um ato de agressão sob a Carta e as disposições relevantes do direito internacional.

Em sua carta de 25 de junho de 2014 ao Secretário Geral e sua carta de 22 de setembro de 2014 ao Presidente do Conselho de Segurança, o Iraque afirmou que o treinamento militar, a tecnologia avançada e as armas de que necessita para lutar contra a organização terrorista ISIL devem ser fornecidos em observância aos relevantes acordos bilaterais e multilaterais, com pleno respeito à soberania nacional e à Constituição do Iraque, e em coordenação com as forças armadas iraquianas. Assim, o Iraque rejeita, opõe-se tenazmente e condena nos mais fortes termos possíveis quaisquer movimentos militares com o fim de lutar contra o terrorismo, que têm lugar sem prévia consulta com o governo federal do Iraque e sem a sua aprovação.

[...]

Nós gostaríamos de informá-lo que, de acordo com a Carta e com o direito internacional, o Iraque reserva-se o direito de defender a si mesmo e de tomar todas as medidas necessárias para colocar um fim a essa agressão e deter transgressões turcas em território iraquiano, porque tais ações enfraquecem as relações de boa vizinhança e ameaçam a paz e a segurança internacionais.<sup>547</sup>

---

<sup>547</sup> Doc. da ONU: S/2015/963. “The entry of Turkish forces, including heavy combat equipment and a large number of troops, deep into Iraq territory is an act of provocation and violates international law. Those military movements are an act of aggression under the Charter and the relevant provisions of international law. In its letter of 25 June 2014 to the Secretary-General (S/2014/440) and its letter of 22 September 2014 to the President of the Security Council (S/2014/691), Iraq stressed that the military training, advanced

Não parece estar livre de paradoxos o fato de que, ao mesmo tempo em que solicitou auxílio americano para intervenção militar na Síria – em resposta a ataques terroristas e sem o consentimento do governo sírio –, o Iraque afirmou que rejeita e opõe-se tenazmente a qualquer medida militar contra o terrorismo que acontece sem consulta ou aprovação prévia do governo local, e que considera tal atitude um ato de agressão que, a seu turno, dá ensejo à invocação do direito à legítima defesa por parte do Estado prejudicado.

#### **4.2.2. A posição síria: necessidade de respeito à soberania nacional**

A única carta enviada pelo governo sírio ao Conselho de Segurança entre 2014 e 2016 foi encaminhada no dia 20 de junho de 2014. A mensagem tratava da questão da ajuda humanitária no país. Na ocasião, o Representante Permanente da Síria no Conselho enfatizou, a título de “argumento jurídico”, que, “para que se possa importar qualquer espécie de auxílio humanitário a um Estado Membro das Nações Unidas, deve-se obter o prévio consentimento desse Estado”<sup>548</sup>. Adicionou, ainda, que “o controle de certas áreas de fronteira da Síria por grupos terroristas não é capaz de conceder-lhes qualquer forma de legitimidade que permitiria Estados Membros ou organizações internacionais entrarem em relações com eles, como se eles possuíssem

---

technology and weapons it needs to fight the ISIL terrorist organization must be provided in accordance with the relevant bilateral and multilateral agreements, with full respect for the national sovereignty and Constitution of Iraq, and in coordination with the Iraqi armed forces. Accordingly, Iraq rejects, strenuously opposes and condemns in the strongest possible terms any military movements aimed at countering terrorism that take place without prior consultation with the federal Government of Iraq and without its approval. [...] We should like to inform you that, in accordance with the Charter and international law, Iraq reserves the right to defend itself and take all measures required to put an end to this act of aggression and halt Turkish transgressions in Iraqi territory, because such actions undermine good-neighbourly relations and threaten international security and peace.”

<sup>548</sup> Doc. da ONU: S/2014/426. “[...] in order to import any type of humanitarian aid to a Member State of the United Nations, prior consent must be obtained from that State.”



prerrogativas soberanas”<sup>549</sup>. E mais: “importar ajuda em coordenação com organizações terroristas e sem consulta com o Estado sírio configuraria um ataque ao Estado sírio e à sua integridade territorial e independência política [...] isso utilizaria a Carta como um pretexto para agressão”<sup>550</sup>. Em suma, Damasco ressaltou a ilicitude internacional das intervenções destinadas ao auxílio humanitário em território sírio sem prévio consentimento do governo.

Em discurso proferido pelo primeiro ministro na sessão da Assembleia Geral da ONU em 29 de setembro de 2014, o Primeiro Ministro do país fez as seguintes declarações:

Ataques militares devem observar a implementação da Resolução 2178 do Conselho de Segurança, adotada em 24 de setembro de 2014, sob o capítulo VII. Nós também precisamos colocar pressão nos países que oferecem todo um multifacetado apoio a essas organizações terroristas; esses países são todos nossos conhecidos. [...] vamos, simultaneamente, exercer pressão nos países que uniram-se à coalizão liderada pelos Estados Unidos para que cessem seu apoio aos grupos terroristas armados. Somente assim o combate ao terrorismo se torna viável. [...] Mais uma vez, a República Árabe Síria reitera que apoia qualquer esforço internacional voltado a lutar contra e combater o terrorismo, e afirma que isso deve ser feito em pleno respeito às vidas dos civis inocentes e dentro do quadro de pleno respeito à soberania nacional, e em conformidade com as convenções internacionais.<sup>551</sup>

---

<sup>549</sup> *Ibidem*. “[...] terrorist groups’ control of certain border areas of Syria cannot grant them any form of legitimacy that would allow Member States or international organizations to enter into relations with them as though they had sovereign prerogatives.”

<sup>550</sup> *Ibidem*. “[...] importing aid in coordination with terrorist organizations and without consultation with the Syrian State would amount to an attack on the Syrian State and on its territorial integrity and political independence. Not only would it violate the Charter; it would use the Charter as a pretext for aggression.”

<sup>551</sup> Disponível, no idioma original, em: <http://www.mofa.gov.sy/ar/>. Acesso em outubro de 2016. Do inglês: “Military strikes should coincide with the implementation of Security Council resolution Number 2178 adopted on

Em um *keynote speech* proferido na sede da Assembleia Geral da ONU em 2 de outubro de 2015, o primeiro ministro sírio, Walid al-Moualem, afirmou que a “[...] Síria irá continuar sua luta contra o terrorismo, em palavras e ações, e [que] o Exército sírio é capaz de livrar o país desses terroristas”<sup>552</sup>. Segundo as palavras de al-Moualem, na ótica do governo sírio, uma solução política somente será possível com base nos seguintes parâmetros:

[...] a preservação da soberania nacional, a unidade do território e do povo da Síria, a manutenção das instituições estatais, ao mesmo tempo em que elas são desenvolvidas e sua performance é melhorada, e [...] o único caminho para se obter uma solução política é por meio de um diálogo nacional liderado pelos sírios, e sem qualquer interferência estrangeira. [...] A decisão do povo sírio está em suas mãos e ninguém pode privar o povo desse direito. O Exército árabe sírio impressionou o mundo por seu poder, sua fé e sua persistência.<sup>553</sup>

Em resposta à coalizão liderada pelos Estados Unidos para degradar e destruir o EI, a Rússia convocou a formação de outra coalizão de combate ao terrorismo na Síria, a qual foi apoiada pelo governo de Bashar al-Assad, que opera em estreita colaboração com Vladimir Putin. Do mesmo discurso citado acima, extrai-se trecho a respeito:

---

September 24th, 2014 under Chapter VII. We have also to put pressure on countries that render all multifaceted support to these terrorist organizations; these countries are well known to all of us. [...] let us, simultaneously, exert pressure on the countries that joined the coalition led by the United States to stop their support of armed terrorist groups. Only then combating terrorism militarily becomes viable. [...] Once again, the Syrian Arab Republic reiterates that it stands with any international effort aimed at fighting and combating terrorism, and stresses that this must be done in full respect of the lives of innocent civilians and within the frame of full respect of national sovereignty, and in conformity with international conventions”

<sup>552</sup> Texto integral em inglês disponível em: <http://sana.sy/en/?p=56535>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>553</sup> *Ibidem*.

O importante convite de Sua Excelência o Presidente Vladimir Putin para o estabelecimento de uma coalizão internacional regional para lutar contra o terrorismo recebeu a atenção do governo sírio e o seu apoio. O terrorismo não pode ser combatido apenas pelo ar, e todas as prévias operações para combatê-lo apenas serviram para espalhá-lo e eclodi-lo. Ataques aéreos são inúteis a menos que sejam conduzidos em coordenação com o Exército árabe sírio, a única força na Síria que está combatendo o terrorismo. O anúncio do início dos ataques aéreos russos na Síria, o que se deu a partir de um pedido do governo sírio e em coordenação com o governo, é uma participação efetiva no apoio aos esforços sírios para combater o terrorismo. [...] <sup>554</sup>

Mais recentemente, no discurso proferido na última sessão da Assembleia Geral da ONU, em 24 de setembro de 2016, a retórica do governo sírio contra os ataques da coalizão liderada pelos Estados Unidos e contra as incursões turcas em território sírio, destinadas supostamente a combater o terrorismo, exasperou-se sensivelmente:

Nós sempre recebemos bem todos os esforços internacionais para combater o terrorismo na Síria, mas nós reafirmamos mais uma vez a necessidade de coordenar tais esforços com o governo da República Árabe Síria e o Exército Árabe Sírio que tem combatido o terrorismo no campo de batalha por mais de cinco anos. Sem essa coordenação, qualquer ação seria considerada uma violação da soberania, uma flagrante interferência, e uma violação dos princípios e propósitos da Carta. Sem essa coordenação, qualquer ação falhará em obter resultados reais e tornará os problemas ainda piores.

A esse respeito, o governo sírio condena nos termos mais fortes possíveis o ataque lançado por aviões de guerra Americanos em um estabelecimento do Exército Sírio nas proximidades do aeroporto Deir Ezzor em 17 de

---

<sup>554</sup> *Ibidem.*

setembro, que permitiu ao ISIL tomar o controle do local. O governo sírio considera os Estados Unidos plenamente responsáveis por essa agressão, porque os fatos mostram que foi um ataque intencional, e não um erro, mesmo se os Estados Unidos alegam o contrário. Essa agressão covarde prova claramente que os Estados Unidos e seus aliados são cúmplices do ISIL e de outras organizações terroristas armadas.

Nós também reiteramos nossa condenação das incursões turcas em território sírio sob o pretexto de combater o terrorismo. Isso é uma flagrante agressão e deve ser cessada imediatamente. O terrorismo não pode ser combatido substituindo-se uma organização terrorista por outra. Nós nos questionamos: como pode um Estado que tem sido o principal ponto de entrada de terroristas e armas na Síria alegar que está lutando contra o terrorismo? [...]<sup>555</sup>

---

<sup>555</sup> Texto integral em inglês disponível em: <http://sana.sy/en/?p=88920>. Acesso em outubro de 2016. “We have always welcomed all the international efforts to counter terrorism in Syria, but we stress once again the need to coordinate such efforts with the government of the Syrian Arab Republic and the Syrian Arab Army that has been combating terrorism on the ground for more than five years. Without such coordination, any action would be considered a breach of sovereignty, a flagrant interference, and a violation of the principles and purposes of the Charter. Without such coordination, any action will fall short of achieving real results and will even make matters worse. In this regard, the Syrian government condemns in the strongest possible terms the attack launched by American warplanes on a Syrian Army site in the vicinity of the Deir Ezzor Airport on 17 September, which allowed ISIL to gain control of the site. The Syrian government holds the United States fully responsible for this aggression, because facts show that it was an intentional attack, and not an error, even if the United States claims otherwise. This cowardly aggression clearly proves that the US and its allies are complicit with ISIL and other terrorist armed organizations. We also reiterate our condemnation of Turkish incursion into Syrian territories under the pretext of countering terrorism. This is a flagrant aggression and must be stopped immediately. Terrorism cannot be fought by replacing one terrorist organization with another. One cannot but wonder: how can a state that has been the main point of entry for terrorists and weapons into Syria claim to be fighting terrorism?”

Em resumo, o governo sírio se opõe a qualquer iniciativa internacional em seu território que seja conduzida sem prévia consulta e coordenação com o regime do país. De uma condenação indireta, o discurso evoluiu, com o tempo, para uma aberta oposição aos ataques da coalizão, ao ponto de Damasco classificar os atos dos Estados Unidos – ataques aéreos – como uma agressão à Síria, reconhecendo a plena responsabilidade do governo americano, por exemplo, pelo ato intencional praticado em setembro de 2016. Nas entrelinhas, não é possível concluir exatamente se a condenação foi específica em relação a um ataque, ou se foi geral, abrangendo todos os ataques. O tom da soma dos discursos, porém, parece confirmar a ausência de consentimento sírio para as atividades militares da *Coalizão Global* em seu território.

Além disso, em especial, a Síria condena como ilegal o apoio logístico e militar de potências estrangeiras aos milhares de grupos armados de oposição ao governo, que operam no país (os quais o governo sírio chama de terroristas e os aliados do ocidente, de *grupos moderados de oposição*<sup>556</sup>). Na sua visão, tais interferências violam o dever de não intervenção previsto no artigo 2º, parágrafo 7º, da Carta das Nações Unidas<sup>557</sup>, e atentam frontalmente contra a soberania do Estado sírio.

#### **4.2.3. As posições da “Coalizão Global”: múltiplas invocações da legítima defesa<sup>558</sup>**

---

<sup>556</sup> SMALL ARMS SURVEY (Genebra). Syria’s Armed Opposition: a Spotlight on the ‘Moderates’. SANA Dispatches, número 5, janeiro de 2016. p. 2. Disponível em: <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/R-SANA/SANA-Dispatch5-Syria-armed-opposition.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>557</sup> “7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.”

<sup>558</sup> Para que os argumentos avançados pelos Estados da Coalizão Global sejam devidamente descritos, julgou-se conveniente transcrever, *ipsis litteris*, os principais trechos das comunicações dos países enviadas ao Conselho de Segurança, na ocasião da tomada de medidas militares contra o ISIL na Síria.

No dia seguinte ao pedido iraquiano para auxílio militar no combate às ameaças do EI oriundas de território sírio, em 23 de setembro de 2014, a Representante Permanente dos Estados Unidos da América na ONU, Samantha J. Power, submeteu uma carta ao Conselho de Segurança anunciando a adoção de medidas militares na Síria, justificadas com base na solicitação do Iraque e no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, com expressa referência à doutrina *unwilling or unable*. Conforme o teor do documento:

[...] o Iraque deixou claro que está enfrentando uma séria ameaça de contínuos ataques do Estado Islâmico no Iraque e no Levante (ISIL) vindo de abrigos seguros na Síria. Esses abrigos seguros são utilizados pelo ISIL para treinar, planejar, financiar, e conduzir ataques através das fronteiras do Iraque e contra o povo do Iraque. Por essas razões, o governo do Iraque solicitou que os Estados Unidos liderassem esforços internacionais para atacar as estruturas e instalações militares do ISIL na Síria [...] O ISIL e outros grupos terroristas na Síria são uma ameaça não apenas ao Iraque, mas também a muitos outros países, incluindo os Estados Unidos e nossos parceiros na região e além. Estados devem ser autorizados a defenderem a si mesmos, de acordo com o direito inerente à legítima defesa individual e coletiva, como refletido no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, quando, como é o caso aqui, o governo do Estado onde a ameaça está localizada está indisposto ou incapacitado [*unwilling or unable*] de impedir o uso de seu território para tais ataques. O regime sírio mostrou que, por si, não pode e não irá confrontar esses abrigos seguros efetivamente. Assim, os Estados Unidos iniciaram ações militares necessárias e proporcionais na Síria a fim de eliminar a atual ameaça do EI ao Iraque [...].<sup>559</sup>

---

<sup>559</sup> Doc. da ONU: S/2014/695. “Iraq has made clear that it is facing a serious threat of continuing attacks from the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) coming out of safe havens in Syria. These safe havens are used by ISIL for training, planning, financing, and carrying out attacks across Iraqi borders and against Iraq’s people. For these reasons, the Government of Iraq has asked that the United States lead international efforts to strike ISIL sites and military

Dois meses depois, o Reino Unido também reportou ao Conselho, conforme exigência procedimental do artigo 51 da Carta, a adoção de medidas em apoio à legítima defesa *coletiva* do Iraque – não individual – na operação liderada pelos Estados Unidos. Apesar de fazer referência à solicitação iraquiana, nenhuma menção foi feita ao fator *unwilling or unable*, como se vê do texto:

Estou escrevendo em observância ao artigo 51 da Carta das Nações Unidas para reportar ao Conselho de Segurança que o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte está tomando medidas em apoio à legítima defesa coletiva do Iraque, como parte de esforços internacionais liderados pelos Estados Unidos.

Essas medidas são em resposta à solicitação do governo do Iraque para assistência no confronto ao ataque do Estado Islâmico no Iraque e no Levante (ISIL) contra o Iraque [...]. O Reino Unido apoia integralmente esses esforços internacionais, cujo propósito é pôr fim ao contínuo ataque ao Iraque, proteger cidadãos iraquianos e permitir às forças iraquianas a retomada do controle das fronteiras do Iraque por meio de ataques a estruturas e instalações militares do ISIL na Síria, enquanto medidas necessárias e proporcionais.<sup>560</sup> (grifo adicionado)

---

strongholds in Syria in order to end the continuing attacks on Iraq, to protect Iraqi citizens, and ultimately to enable and arm Iraqi forces to perform their task of regaining control of the Iraqi borders. ISIL and other terrorist groups in Syria are a threat not only to Iraq, but also to many other countries, including the United States and our partners in the region and beyond. States must be able to defend themselves, in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations, when, as is the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks. The Syrian regime has shown that it cannot and will not confront these safe havens effectively itself. Accordingly, the United States has initiated necessary and proportionate military actions in Syria in order to eliminate the ongoing ISIL threat to Iraq, including by protecting Iraqi citizens from further attacks and by enabling Iraqi forces to regain control of Iraq's borders.”

<sup>560</sup> Doc. da ONU: S/2014/851. “I am writing in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations to report to the Security Council that the

Em março de 2015, o Canadá também submeteu uma carta ao Conselho de Segurança, fundamentada no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, afirmando, em referência ao uso da força contra o EI na Síria, que “Estados devem ser capazes de agir em autodefesa quando o governo do Estado onde a ameaça está localizada está indisposto ou incapaz [*unwilling or unable*] de impedir ataques emanados de seu território”<sup>561</sup>.

No mês de junho, foi a vez da Turquia reportar ao órgão o início de medidas militares na Síria, com fundamento na ameaça representada ao país pela atividade do EI na Síria e pelos ataques terroristas à Turquia. A carta baseou-se explicitamente na doutrina *unwilling or unable*. Eis o texto encaminhado:

É evidente que o regime na Síria não é nem capaz e nem está disposto a impedir essas ameaças que partem de seu território, que claramente põem em perigo a segurança da Turquia e o bem estar de seus nacionais.

A legítima defesa individual e coletiva é nosso direito inerente sob o direito internacional, tal qual refletido no Artigo 51 da Carta das Nações Unidas.

Nesse sentido, a Turquia iniciou ações militares necessárias e proporcionais contra o Daesh na Síria, incluindo em coordenação com membros individuais da Coalizão Global, a fim de combater

---

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland is taking measures in support of the collective self-defence of Iraq as part of international efforts led by the United States. These measures are in response to the request by the Government of Iraq for assistance in confronting the attack by the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) on Iraq, contained in its letter to the President of the Security Council of 20 September 2014 (S/2014/691). The United Kingdom fully supports these international efforts, whose purpose is to end the continuing attack on Iraq, to protect Iraqi citizens and to enable Iraqi forces to regain control of the borders of Iraq by striking ISIL sites and military strongholds in Syria, as necessary and proportionate measures.”

<sup>561</sup> Doc. da ONU: S/2015/221. “States must be able to act in self-defence when the Government of the State where a threat is located is *unwilling or unable* to prevent attacks emanating from its territory.”



a ameaça terrorista e salvaguardar seu território e seus cidadãos.<sup>562</sup>

Em 7 de setembro de 2015, o Reino Unido endereçou mais um comunicado ao Conselho, invocando novamente o artigo 51 da Carta e fazendo menção, dessa vez, tanto ao direito à legítima defesa em sua forma *coletiva* como na *individual*:

De acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas [...]. Em 21 de agosto de 2015, as forças armadas do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte conduziram um ataque aéreo de precisão contra um veículo do ISIL no qual um alvo que se sabia ser ativamente envolvido no planejamento e na direção de ataques armados iminentes contra o Reino Unido estava viajando. Esse ataque aéreo foi um exercício necessário e proporcional do direito individual à legítima defesa do Reino Unido.

Como reportado em nossa carta de 25 de novembro de 2014, o ISIL está engajado em um contínuo ataque armado contra o Iraque, e portanto a ação contra o ISIL na Síria é lícita na legítima defesa coletiva do Iraque.<sup>563</sup>

---

<sup>562</sup> Doc. da ONU: S/2015/563. “With the emergence of Daesh, the threats from Syria gained new dimensions. Syria has become a safe haven for Daesh. This area is used by Daesh for training, planning, financing and carrying out attacks across borders. Also, Security Council resolutions 2170 (2014) and 2178 (2014) have underscored the threat posed by Daesh and the resolve of the international community to combat Daesh. The terrorist attack that took the lives of 32 Turkish citizens in Suruç on 20 July 2015 reaffirms that Turkey is under a clear and imminent threat of continuing attack from Daesh. Most recently, on 23 July 2015, Daesh attacked the border military post in Elbeyli and killed a Turkish soldier. It is apparent that the regime in Syria is neither capable of nor willing to prevent these threats emanating from its territory, which clearly imperil the security of Turkey and the safety of its nationals. Individual and collective self-defence is our inherent right under international law, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations. On this basis, Turkey has initiated necessary and proportionate military actions against Daesh in Syria, including in coordination with individual members of the Global Coalition, in order to counter the terrorist threat and to safeguard its territory and citizens.”

<sup>563</sup> Doc. da ONU: S/2015/688. “In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations [...]. On 21 August 2015, armed forces of the United

A França, por sua vez, informou no dia seguinte a tomada de medidas militares contra o EI na Síria, por meio de carta mais sucinta do que as enviadas pelos demais países, não havendo especificação quanto ao aspecto subjetivo do direito à legítima defesa (se coletiva ou individual), e tampouco referência ao *unwilling or unable*. É o que se lê:

Pelas Resoluções 2170 (2014), 2178 (2014), e 2199 (2015) em particular, o Conselho de Segurança descreveu os atos terroristas do Estado Islâmico no Iraque e no Levante (ISIL) [...] como uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Esses atos também são uma direta e extraordinária ameaça à segurança da França.

Em uma carta [...], as autoridades iraquianas solicitaram a assistência da comunidade internacional a fim de combater os ataques perpetrados pelo ISIL.

De acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, a França tomou medidas envolvendo a participação de aeronaves militares em resposta aos ataques conduzidos pelo ISIL a partir do território da República Árabe da Síria.<sup>564</sup>

Também em resposta ao pedido de assistência formulado pelo Iraque, a Austrália, em 9 de setembro de 2015, reportou ao Conselho o

---

Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out a precision air strike against an ISIL vehicle in which a target known to be actively engaged in planning and directing imminent armed attacks against the United Kingdom was travelling. This air strike was a necessary and proportionate exercise of the individual right of self-defence of the United Kingdom. As reported in our letter of 25 November 2014, ISIL is engaged in an ongoing armed attack against Iraq, and therefore action against ISIL in Syria is lawful in the collective self-defence of Iraq.”

<sup>564</sup> Doc. da ONU: S/2015/745. “By resolutions 2170 (2014), 2178 (2014) and 2199 (2015) in particular, the Security Council has described the terrorist acts of Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) [...] as a threat to international peace and security. Those acts are also a direct and extraordinary threat to the security of France. In a letter [...], the Iraqi authorities requested the assistance of the international community in order to counter the attacks perpetrated by ISIL. In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, France has taken actions involving the participation of military aircraft in response to attacks carried out by ISIL from the territory of the Syrian Arab Republic.”

início de medidas militares em legítima defesa coletiva contra o ISIL, na Síria. Na ocasião, o Representante Permanente, citando a doutrina *unwilling or unable*, fez questão de esclarecer que as medidas não se direcionavam contra a Síria e nem contra o povo sírio, e tampouco significavam apoio ao regime de Bashar al-Assad. Conforme o documento:

O governo do Iraque pediu que os Estados Unidos liderassem esforços internacionais para atacar as estruturas e instalações militares do ISIL na Síria com o objetivo de pôr fim aos constantes ataques ao Iraque [...]. Essa ameaça ao Iraque, à sua integridade territorial e aos seus cidadãos persiste. Ataques do ISIL no Iraque a partir de portos seguros na Síria continuam.

O artigo 51 da Carta das Nações Unidas reconhece o direito inerente dos Estados a agirem em legítima defesa individual ou coletiva quando um ataque armado ocorre contra um Membro das Nações Unidas. O Estados devem poder agir em legítima defesa quando o governo do Estado onde a ameaça está localizada está indisposto ou incapacitado para impedir ataques que se originem a partir de seu território. O governo da Síria, por sua falha em limitar os ataques ao território iraquiano oriundos de bases do ISIL dentro da Síria, demonstrou que está indisposto ou incapacitado de impedir tais ataques.

Em resposta ao pedido de assistência do governo do Iraque, a Austrália está, portanto, realizando operações militares necessárias e proporcionais contra o ISIL na Síria no exercício da legítima defesa coletiva do Iraque.

Essas operações não são direcionadas contra a Síria ou contra o povo sírio, e nem implicam em suporte ao regime sírio. Ao realizar essas operações militares, a Austrália irá cumprir com suas obrigações sob o direito internacional.<sup>565</sup>

---

<sup>565</sup> Doc. da ONU: S/2015/693. “The Government of Iraq requested that the United States lead international efforts to strike ISIL sites and military strongholds in Syria in order to end the constant attacks on Iraq. This threat to Iraq, its territorial integrity and its citizens persists. Attacks by ISIL in Iraq from safe havens in Syria continue. Article 51 of the Charter of the United Nations

No mês de dezembro de 2015, uma nova carta do Reino Unido foi direcionada ao Conselho de Segurança, agora com referência, também, à Resolução 2249 (2015) do órgão (que será analisada no ponto seguinte desta dissertação). Levando em consideração o fato de que a Resolução reconheceu que o Daesh constituía “uma ameaça global e sem precedentes à paz e à segurança internacionais”, o Reino Unido invocou o artigo 51 da Carta e reportou a adoção de “medidas necessárias e proporcionais contra o ISIL/Daesh na Síria, conforme solicitadas pelo Conselho na Resolução 2249 (2015), no exercício do direito à legítima defesa individual e coletiva”<sup>566</sup>.

Essa foi a terceira carta enviada pelo Reino Unido, e em nenhuma delas houve justificativa com base no critério *unwilling or unable*. Contudo, em 26 de novembro de 2015, em uma afirmativa perante o Parlamento britânico, David Cameron havia invocado o direito à legítima defesa coletiva, para justificar ataques ao EI, considerando que “o regime de Assad está indisposto e/ou incapaz [*unwilling and/or unable*] de tomar ações necessárias para impedir o ataque contínuo do EI ao Iraque – ou, de fato, ataques a nós”<sup>567</sup>. Permanece significativa,

---

recognizes the inherent right of States to act in individual or collective self-defence where an armed attack occurs against a Member of the United Nations. States must be able to act in self-defence when the Government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent attacks originating from its territory. The Government of Syria has, by its failure to constrain attacks upon Iraqi territory originating from ISIL bases within Syria, demonstrated that it is unwilling or unable to prevent those attacks. In response to the request for assistance by the Government of Iraq, Australia is therefore undertaking necessary and proportionate military operations against ISIL in Syria in the exercise of the collective self-defence of Iraq. These operations are not directed against Syria or the Syrian people, nor do they entail support for the Syrian regime. When undertaking such military operations, Australia will abide by its obligations under international law.

<sup>566</sup> Doc. da ONU: S/2015/928. “In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, and further to our letters of 25 November 2014 (S/2014/851) and 7 September 2015 (S/2015/688), I am therefore writing to report to the Security Council that the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland is taking necessary and proportionate measures against ISIL/Daesh in Syria, as called for by the Council in resolution 2249 (2015), in exercise of the inherent right of individual and collective self-defence.”

<sup>567</sup> Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/david-cameron/12018841/David-Camerons-full-statement-calling-for-UK-involvement-in-Syria-air-strikes.html>. Acesso em outubro de 2016. “[...] the

porém, a ausência de menção ao critério nas cartas enviadas ao Conselho.

Construindo o argumento de maneira levemente distinta, a Alemanha, uma semana depois, também redigiu carta ao Conselho de Segurança, fazendo menção à Resolução 2249 (2015), para comunicar seu apoio às atividades da Coalizão, no exercício do direito à legítima defesa coletiva, mesmo sem o consentimento do governo Sírio. O fator distintivo está, nesse caso, na menção ao *controle efetivo do território* como critério para a legalidade das medidas, sem expressa referência à doutrina *unwilling or unable*. Veja-se em detalhe:

De acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, eu reporto ao Conselho de Segurança [...] que a República Federal da Alemanha, no exercício de seu direito de legítima defesa coletiva, iniciou medidas militares contra a organização terrorista Estado Islâmico no Iraque e no Levante (ISIL). Essas medidas são direcionadas contra o ISIL, e não contra a República Árabe da Síria. [...]

O ISIL ocupou uma determinada parte do território sírio sobre a qual o governo da República Árabe da Síria não exerce, nesse momento, controle efetivo. Estados que têm sido vítimas de ataque armado do ISIL oriundos nesta parte do território sírio estão, portanto, justificados sob o artigo 51 da Carta das Nações Unidas a tomarem medidas necessárias de legítima defesa, mesmo sem o consentimento do governo da República Árabe da Síria. Exercendo seu direito à legítima defesa coletiva, a Alemanha irá agora apoiar as medidas militares desses Estados que têm sido vítimas de ataques do ISIL.<sup>568</sup>

---

Assad regime is unwilling and/or unable to take action necessary to prevent ISIL's continuing attack on Iraq – or indeed attacks on us.”

<sup>568</sup> Doc. da ONU: S/2015/946. “In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, I report to the Security Council on behalf of my Government that the Federal Republic of Germany, in the exercise of the right of collective self-defence, has initiated military measures against the terrorist organization Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL). These measures are directed against ISIL, not against the Syrian Arab Republic. [...] ISIL has

Em situação similar à do Reino Unido, apesar de não ter feito menção expressa à teoria do *unwilling or unable* na Carta ao Conselho, o governo alemão, em seu pedido de aprovação submetido ao *Bundestag* para envio das forças armadas contra o EI, afirmou que “ações militares em território sírio são conduzidas porque o governo sírio não encontra-se capaz e/ou está indisposto [*nicht in der Lage und/oder nicht willens ist*] a parar os ataques do EI que estão sendo perpetrados a partir de seu território”<sup>569</sup>.

A Holanda, em carta do primeiro ministro ao Parlamento, datada de 26 de junho de 2015, também invocou a teoria, ainda que de um modo menos expresso: “[...] está suficientemente estabelecido que há uma base jurídica internacional para o recurso a força contra o EI na Síria. Essa base jurídica consiste no direito à legítima defesa coletiva [...]. É evidente, também, que as autoridades sírias são incapazes [*incapable*] de parar esses ataques armados [que emanam de seu território]”<sup>570</sup>. Entretanto, em um estudo realizado em abril de 2015, o governo holandês havia se manifestado no sentido de que o consentimento do Estado territorial, nesses casos, deve ser concedido para que a ação militar seja possível, e de que a decisão sobre se um Estado está incapaz ou indisposto deve pertencer ao Conselho de Segurança, e não ao Estado que intervém<sup>571</sup>. Em resposta ao mesmo

---

occupied a certain part of Syrian territory over which the Government of the Syrian Arab Republic does not at this time exercise effective control. States that have been subjected to armed attack by ISIL originating in this part of Syrian territory, are therefore justified under Article 51 of the Charter of the United Nations to take necessary measures of self-defence, even without the consent of the Government of the Syrian Arab Republic. Exercising the right of collective self-defence, Germany will now support the military measures of those States that have been subjected to attacks by ISIL.”

<sup>569</sup> Disponível em: <https://www.documentcloud.org/documents/3125740-Germany-Syria-Isil-12-1-2015.html>. Acesso em outubro de 2016. “In diesem Zusammenhang werden auch militärische Maßnahmen auf syrischem Gebiet durch-geführt, da die syrische Regierung nicht in der Lage und/oder nicht willens ist, die von ihrem Territorium ausgehenden Angriffe durch den IS zu unterbinden.”

<sup>570</sup> Disponível em: <https://www.documentcloud.org/documents/3124025-NETHERLANDS-SYRIA-ISIL-6-26-2015.html>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>571</sup> DORSEY, Jessica et PAULUSSEN, Cristophe. Towards a European Position on Armed Drones and Targeted Killing: Surveying EU Counterterrorism Perspectives. *International Centre for Counter-Terrorism*, abril de 2015.

estudo, a posição da República Checa foi ambígua e se disse incerta sobre o caráter consuetudinário do critério *unwilling or unable*<sup>572</sup>.

A Dinamarca, em janeiro de 2016, seguiu o mesmo caminho dos demais países da Coalizão. Através de uma carta, informou ao Conselho de Segurança o exercício de seu direito à legítima defesa coletiva, conferindo significativo peso argumentativo à Resolução 2249 (2015):

O Conselho de Segurança reconheceu em sua Resolução 2249 (2015) que o ISIL constitui uma ameaça global e sem precedentes à paz e à segurança internacionais. [...] O Conselho de Segurança solicitou aos Estados Membros que impeçam e suprimam os atos terroristas cometidos pelo ISIL e para que erradiquem o porto seguro que o ISIL estabeleceu sobre partes significativas do Iraque e da Síria. De acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, o Reino da Dinamarca está tomando medidas contra o ISIL em apoio a esse chamado.<sup>573</sup>

---

Disponível em: <http://icct.nl/wp-content/uploads/2015/05/ICCT-Dorsey-Paulussen-Towards-A-European-Position-On-Armed-Drones-And-Targeted-Killing-Surveying-EU-Counterterrorism-Perspectives.pdf>. Acesso em outubro de 2016. p. 50. “With respect to 3.1.3 and the “unwilling or unable” criterion, the Ministry reported that it was a part of the customary international law requirement of necessity and added: “In our view, the decision for assessing unwillingness or inability should rest on [the] United Nations Security Council”. In question 3.1.5, the authors asked whether self-defense is only possible when an armed attack occurs, and the official replied that yes, it is only possible if an armed attack occurs.”

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 12. “[...] if a territorial state is unable to act against a[n] NSA[,], such [a] state must be prepared to limit its own sovereignty in order to allow a victim state to redress the situation. If a territorial state would be unwilling[,], the consequences may differ[,], as acts of such [a] state could be interpreted as a certain degree of support to [the] NSA. It is acknowledged that state sovereignty should not serve as a protection of a State if such [a] state is *unable or unwilling* to exercise its sovereignty within its territory. This confirms settled jurisprudence such as Lotus case... At this point we are not sure whether [the] criterion [of] unable or unwilling represents part of the customary international law requirement of necessity.” (grifo adicionado).

<sup>573</sup> Doc. da ONU: S/2016/34. “The Security Council recognized in its resolution 2249 (2015) that ISIL constitutes a global and unprecedented threat to international peace and security. [...] The Security Council called upon Member States to prevent and suppress terrorist acts committed by ISIL and to eradicate

Em 7 de junho de 2016, foi a vez da Bélgica. O argumento utilizado assemelha-se com a justificativa alemã, na medida em que se refere ao controle de território por parte do EI. O governo belga classificou a situação como *excepcional*, referiu-se ao ataque armado praticado pelo EI, e invocou o direito à legítima defesa coletiva para justificar as ações militares. Assim como outros Estados, a Bélgica sublinhou que os ataques não se direcionavam contra o povo ou o Estado sírio, mas somente contra o EI. Além disso, não houve referência direta ao *unwilling or unable*, e, assim como na comunicação dinamarquesa, enfatizou-se o papel da Resolução 2249 (2015) do Conselho:

O Conselho de Segurança determinou em sua Resolução 2249 (2015) [...] que o ISIL constituía uma ameaça global e sem precedentes à paz e à segurança internacionais e conclamou os Estados membros a erradicarem o porto seguro que o ISIL estabeleceu sobre significativas partes do Iraque e da Síria. [...] O ISIL ocupou uma determinada parte do território sírio sobre a qual o governo da República Árabe da Síria não exerce, nesse momento, controle efetivo. À luz dessa situação excepcional, Estados que têm sido vítimas de ataque armado pelo ISIL oriundo nessa parte do território sírio estão, portanto, justificados sob o artigo 51 da Carta das Nações Unidas a tomarem medidas necessárias de legítima defesa. Exercendo o direito à legítima defesa coletiva, a Bélgica irá apoiar as medidas militares daqueles Estados que foram vítimas de ataques do ISIL. Essas medidas são direcionadas contra o denominado “Estado Islâmico no Iraque e no Levante” e não contra a República Árabe da Síria.<sup>574</sup>

---

the safe haven ISIL has established over significant parts of Iraq and Syria. In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, the Kingdom of Denmark is taking measures against ISIL in support of this call.”

<sup>574</sup> Doc. da ONU: S/2016/523. “The Security Council determined in its resolution 2249 (2015) of 20 November 2015 that ISIL constituted a global and unprecedented threat to international peace and security and it called upon Member States to eradicate the safe haven that ISIL had established over



Oficialmente, a Rússia, além da própria Síria, condenou os ataques aéreos como uma “grave violação” ao direito internacional, considerando-os como um ato de agressão, devido à ausência de consentimento do governo territorial<sup>575</sup>, acusando os Estados Unidos de apoiarem o Estado Islâmico e outros grupos terroristas. Não obstante, o governo russo havia endossado e explicitamente utilizado a teoria do *unwilling or unable* como justificativa para as ofensivas contra os rebeldes chechenos na Geórgia em 2002<sup>576</sup>.

O Irã, de igual modo, afirmou que a presença americana na síria “viola as leis internacionais e não foi coordenada com o governo sírio”<sup>577</sup>. Esta última afirmação foi feita por ocasião de um alegado erro militar dos Estados Unidos, ocorrido em 18 de setembro de 2016, em que quase uma centena de soldados sírios foram mortos por força de um ataque aéreo americano<sup>578</sup>. O governo da China, por sua vez, limitou-se

---

significant parts of Iraq and Syria. [...] ISIL has occupied a certain part of Syrian territory over which the Government of the Syrian Arab Republic does not, at this time, exercise effective control. In the light of this exceptional situation, States that have been subjected to armed attack by ISIL originating in that part of the Syrian territory are therefore justified under Article 51 of the Charter to take necessary measures of self-defence. Exercising the right of collective self-defence, Belgium will support the military measures of those States that have been subjected to attacks by ISIL. Those measures are directed against the so-called “Islamic State in Iraq and the Levant” and not against the Syrian Arab Republic.”

<sup>575</sup> FLASCH, *op. cit.*, 2015. Ver também: [www.bbc.com/news/world-middle-east-29154481](http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29154481); <http://www.ibtimes.co.uk/russia-condemns-us-airstrikes-against-syrian-troops-1581886>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>576</sup> Doc. da ONU: S/2002/1012. *Carta de Sergey Lavrov ao Conselho de Segurança da ONU*. 12 de setembro de 2002. “The continued existence in separate parts of the world of territorial enclaves outside the control of national governments, which, owing to the most diverse circumstances, are unable or unwilling to counteract the terrorist threat is one of the reasons that complicate efforts to combat terrorism effectively. One such place, where the situation is giving rise to particular alarm in the Russian Federation, is the Pankisi Gorge and other areas of contiguous territory along the line of the State border between Georgia and the Russian Federation.”

<sup>577</sup> Disponível em: <http://ifpnews.com/news/politics/foreign-policies/2016/09/iran-condemns-us-airstrike-syrian-troops/>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>578</sup> Disponível em: <http://www.cnn.com/2016/09/17/syria-says-us-led-jets-hit-its-troops-dozens-reported-killed.html>. Acesso em outubro de 2016.

a asseverar genericamente que o mundo deve combater o terror, mas que a soberania nacional deve ser respeitada<sup>579</sup>.

\*

Até o momento, essas foram as cartas enviadas ao Conselho de Segurança na intenção de comunicar ao órgão, em observância ao pressuposto procedimental previsto no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, o exercício do direito à legítima defesa, seja em sua forma coletiva, seja em sua modalidade individual. Em resumo, os seguintes países invocaram o direito à autodefesa contra o EI na Síria, perante o Conselho: Estados Unidos, Reino Unido, Turquia, França, Austrália, Alemanha, Holanda, República Checa, Dinamarca e Bélgica. Todos fazem parte da Coalizão Global liderada pelos Estados Unidos para “degradar e, em última instância, destruir o EI”. Dentre esses, apenas quatro – Estados Unidos, Turquia, Austrália e Canadá – fizeram expressa referência ao critério do Estado *indisposto ou incapaz* (*unwilling or unable*) para justificar sua intervenção. Reino Unido, Alemanha e Holanda não invocaram a teoria perante o Conselho, mas somente em instâncias nacionais – ressalvada a ambiguidade holandesa, no que foi seguida pela República Checa.

A Bélgica e a Alemanha, a seu turno, justificaram o exercício da legítima defesa na forma coletiva como resposta aos “ataques armados” perpetrados pelo EI, considerando-se o fato de que determinadas partes do território sírio estariam sob controle do grupo, o que, enquanto circunstância excepcional, autorizaria o uso da força na Síria mesmo na ausência de consentimento do governo sírio – argumento também utilizado pela Alemanha. Todas as cartas enviadas após a edição da Resolução 2249 (2015) – por Reino Unido, Dinamarca, Alemanha e Bélgica – conferiram a esse documento um peso argumentativo especial, *legitimador*, sugerindo que os respectivos países estavam agindo por solicitação do Conselho de Segurança em suas operações militares contra o EI na Síria.

Além disso, todos os Estados, exceto a França, mencionaram de modo expresso que os ataques realizados eram direcionados contra o EI, “organização terrorista”, e não contra o Estado ou o povo sírios. A comunicação da França, aliás, foi a menos específica de todas, pois, a

---

<sup>579</sup> Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2014/sep/11/assad-moscow-tehran-condemn-obama-isis-air-strike-plan>. Acesso em outubro de 2016.

título de fundamentação jurídica, limitou-se a mencionar genericamente resoluções do Conselho e a citar, de passagem, o artigo 51 da Carta. Em nenhum momento o consentimento do governo sírio foi mencionado como justificativa ou sequer procurado pelos Estados – alguns dos quais, aliás, referem-se à ausência de consentimento de Bashar al-Assad. Rússia, Síria e Irã se opuseram de modo expresse aos ataques, no que foram seguidos pela China implicitamente. Em linhas gerais, esse é o cenário.

Antes de analisarmos a repercussão jurídica do precedente na doutrina contemporânea e a interação de tais fundamentos com o direito internacional vigente, examinaremos brevemente o conteúdo da Resolução 2249 (2015), tendo em vista a relevância do documento para a situação analisada.

#### **4.2.4. A atuação do Conselho de Segurança na crise da Síria e os meandros da Resolução 2249 (2015)**

O Conselho de Segurança detém “a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais”, conforme prevê o artigo 24 da Carta das Nações Unidas, com poderes para aprovar resoluções vinculantes aos Estados, segundo o artigo 25 do mesmo tratado<sup>580</sup>. Na linguagem das resoluções do órgão<sup>581</sup>, os atos de terrorismo internacional têm sido inequivocamente condenados, independentemente de quem os tenha praticado, onde ou por qual motivo o tenham feito. O fenômeno tem sido interpretado como “uma das mais sérias ameaças à paz e à segurança internacionais” e o Conselho tem reafirmado constantemente sua “responsabilidade primária” (*primary responsibility*) nesse contexto. A partir de 2001, o órgão passou a afirmar sua disposição em “tomar todas as medidas necessárias” (*take all necessary steps*) para combater o terrorismo e, na ocasião, vê-se em seu vocabulário a referência à necessidade de lutar

---

<sup>580</sup> “Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta”. Artigo 25 da Carta das Nações Unidas.

<sup>581</sup> Entre outras, as resoluções: 1269 (1999), 1368 (2001), 1373 (2001), 1540 (2004), 1566 (2004), 1624 (2005), 1787 (2007), 1904 (2009), 1989 (2011), 2056 (2012), 2133 (2014), 2170 (2014), 2178 (2014), 2198 (2015), 2199 (2015) e 2214 (2015).

contra o terrorismo “por todos os meios” (*by all means*)<sup>582</sup> – tudo isso “de acordo com a Carta das Nações Unidas” (*in accordance with the Charter of the United Nations*).

A Resolução 1373 (2001) foi um marco normativo nas políticas de contraterrorismo do Conselho. O documento, aprovado nos termos do Capítulo VII<sup>583</sup> da Carta – que se refere, em geral, à aprovação de resoluções vinculantes –, reafirmou a obrigação dos Estados de abster-se de “organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos terroristas em outro Estado ou aquiescer com atividades organizadas dentro de seu território direcionadas ao cometimento de tais atos”. Além disso, o órgão decidiu que os Estados deveriam tomar uma série de medidas (tais como criminalização da conduta) para impedir e congelar o financiamento do terrorismo e a provisão de fundos a pessoas ou entidades ligadas ao cometimento de atos terroristas. Ainda, os Estados deveriam “abster-se de fornecer qualquer tipo de suporte, ativo ou passivo, a entidades ou pessoas envolvidas em atos terroristas”; “prevenir o cometimento de atos terroristas”; “negar abrigo seguro (*safe haven*) a quem financia, planeja, apoia ou comete atos terroristas, ou oferece abrigo seguro”; evitar que tais pessoas utilizem os seus territórios para tais propósitos contra outros Estados ou seus cidadãos; criminalizar e julgar as respectivas condutas; cooperar em termos policiais e criminais; e prevenir o cometimento de atos terroristas por meio do controle de fronteiras. Ao final, ficou estabelecido um Comitê de Contraterrorismo (*Counter-Terrorism Committee*), formado por todos os membros do Conselho, para monitorar a implementação da Resolução 1373 por parte dos Estados membros, com o auxílio do *expertise* apropriado.

O Conselho de Segurança considera as sanções do Capítulo VII da Carta<sup>584</sup> – não necessariamente militares – uma “importante ferramenta” (*an important tool*) na manutenção da paz e da segurança internacionais, especialmente contra o terrorismo. Há, nesse contexto, resoluções que impõem sanções econômicas e de outras naturezas (embargo de armas e proibição de viagem) a indivíduos ou entidades

---

<sup>582</sup> Resoluções 1368 (2001) e 1540 (2004).

<sup>583</sup> Este capítulo trata das “ações relativas a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão” e é citado nas resoluções que tomam medidas para reverter estas situações (sanções militares ou não), às quais o Conselho deseja explicitamente conferir efeito vinculante. Para maiores detalhes sobre as medidas tomadas com base no Capítulo VII: SHAW, *op. cit.*, 2008, pp. 1241 e ss.

<sup>584</sup> Especificamente previstas nos artigos 41 e 42 da Carta da ONU.

(*smart sanctions*<sup>585</sup>) ligadas a grupos terroristas como a Al-Qaida<sup>586</sup>, as quais estão vinculadas a um procedimento próprio do Conselho pelo qual determinados nomes suspeitos de envolvimento com atos de terrorismo são colocados ou retirados (*listing and delisting procedures*) de uma lista negra (*black list*). Para esse fim, foi criado um Comitê de Sanções específico (Resolução 1267). Há, ainda, resoluções que tratam de assuntos relativos a armas nucleares e terrorismo, bem como do fornecimento de armas e outros materiais militares a grupos terroristas<sup>587</sup> - entre outras.

A primeira resolução do Conselho diretamente relacionada com o EI foi aprovada em 15 de agosto de 2014. No preâmbulo, reafirmou-se a integridade territorial, a soberania, a unidade e a independência da Síria e do Iraque. Na parte dispositiva, agindo expressamente sob o Capítulo VII, o órgão exprimiu sua condenação, nos mais fortes termos, aos “atos terroristas do EI e à sua ideologia extremista violenta, e aos seus contínuos abusos graves, sistemáticos e generalizados aos direitos humanos e violações ao direito internacional humanitário”<sup>588</sup>, entre outras violações e atitudes do grupo. O documento devotou especial atenção à tomada de medidas para barrar o fluxo de combatentes estrangeiros à Síria e ao Iraque e para conter o financiamento do EI, contando com a cooperação dos Estados nesse domínio. Ao final, observou que o EI era um “grupo dissidente” (*splinter group*) da al-Qaeda, razão pela qual deveria ser incluído no regime de sanções a ela imposto pela Resolução 1267 (1999). Na mesma ocasião, o Conselho decidiu adicionar seis nomes à lista de indivíduos aos quais essas sanções são direcionadas.

Em fevereiro do ano seguinte, foi aprovada a Resolução 2199 (2015)<sup>589</sup>, também contendo reafirmações e *considerandos* preambulares, inclusive sobre a integridade territorial e a soberania síria

---

<sup>585</sup> As chamadas *smart sanctions* são aquelas que não são direcionadas aos Estados em si, mas, sim, a determinadas entidades ou indivíduos. A respeito, ver: GORDON, Joy. *Smart Sanctions Revisited. Ethics & International Affairs*, vol. 25, n. 3, 2011. pp. 315-335.

<sup>586</sup> Resolução 1989 (2011), p. ex.

<sup>587</sup> Resoluções 1540 (2004) e 2170 (2014), p. ex.

<sup>588</sup> Doc. da ONU: S/RES/2170 (2014). “Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, 1. Deplores and condemns in the strongest terms the terrorist acts of ISIL and its violent extremist ideology, and its continued gross, systematic and widespread abuses of human rights and violations of international humanitarian law”.

<sup>589</sup> Doc. da ONU: S/RES/2199 (2015).

e iraquiana. Com fundamento no Capítulo VII, a decisão veiculou a preocupação e a condenação do Conselho acerca de qualquer forma de estabelecimento de relações comerciais com o EI, incluindo o comércio de petróleo; a reafirmação da obrigação dos Estados de congelar, sem demora, todos os fundos e recursos financeiros do EI e de tomar todas as medidas para garantir a supressão do financiamento do grupo; a condenação da destruição da herança cultural no Iraque e na Síria, especialmente em relação a locais religiosos e arqueológicos, museus, livrarias, arquivos e outros; a condenação dos sequestros e tomadas de reféns pelo EI, encorajando Estados e entidades a resolverem o problema sem realizar qualquer pagamento ao grupo; a tomada de medidas para impedir o uso de instituições bancárias por integrantes do EI; e a reafirmação da obrigação dos Estados de prevenir o fornecimento, venda ou transferência de armas e materiais militares ao EI – entre outras.

Nesse contexto de medidas, a emblemática Resolução 2249 (2015)<sup>590</sup> viria à luz em novembro do mesmo ano, adotada pela unanimidade dos membros do Conselho. O documento, classificando preambularmente o EI como uma “ameaça global e sem precedentes à paz e à segurança internacionais”, concentrou-se nos ataques praticados pelo grupo ao redor do mundo e no delineamento de uma resposta apropriada por parte da comunidade internacional a essa ameaça, localizada nos territórios do Iraque e da Síria. Ressalta-se, de plano, que não houve qualquer menção ao Capítulo VII da Carta, como havia ocorrido nas resoluções anteriores. Seus dois dispositivos principais foram assim redigidos:

#### O Conselho de Segurança

[...]

1. *Condena inequivocamente* nos mais fortes termos os horríveis ataques terroristas perpetrados pelo EI, também conhecido como Daesh, que tiveram lugar em 26 de junho de 2015 em Sousse, em 10 de outubro de 2015 em Ancara, em 31 de outubro de 2015 sobre o Sinai, em 12 de novembro de 2015 em Beirute, e em 13 de novembro de 2015 em Paris, e todos os outros ataques perpetrados pelo EI, também conhecido como Daesh, incluindo a tomada e o assassinato de reféns, e *nota* que o grupo possui a capacidade

---

<sup>590</sup> Doc. da ONU: S/RES/2249 (2015).

e a intenção de conduzir mais ataques e *considera* todos esses atos de terrorismo como uma ameaça à paz e à segurança;  
[...]

5. *Solicita* [calls upon] aos Estados Membros que têm a capacidade de fazê-lo que tomem todas as medidas necessárias, em observância ao direito internacional, particularmente à Carta das Nações Unidas, bem como aos direitos humanos internacionais, ao direito internacional dos refugiados e ao direito humanitário, no território sob controle do EI, também conhecido como Da'esh, na Síria e no Iraque, para redobrar e coordenar seus esforços para prevenir e suprimir atos terroristas cometidos especificamente pelo EI, também conhecido como Da'esh, e pela ANF (*al-Nusra Front*), e todos os outros indivíduos, grupos, empreendimentos, e entidades associadas com a al-Qaeda, e outros grupos terroristas, tais como designados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, e tal como pode ser futuramente acordado pelo Grupo Internacional de Apoio à Síria (ISSG) e endossado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, de acordo com a Nota do Grupo Internacional de Apoio à Síria (ISSG) de 14 de novembro, e para erradicar o porto seguro que eles estabeleceram sobre partes significativas do Iraque e da Síria;<sup>591</sup>

---

<sup>591</sup> *Ibidem*. “1. *Unequivocally condemns* in the strongest terms the horrifying terrorist attacks perpetrated by ISIL also known as Da'esh which took place on 26 June 2015 in Sousse, on 10 October 2015 in Ankara, on 31 October 2015 over Sinai, on 12 November 2015 in Beirut and on 13 November 2015 in Paris, and all other attacks perpetrated by ISIL also known as Da'esh, including hostage -taking and killing, and *notes* it has the capability and intention to carry out further attacks and *regards* all such acts of terrorism as a threat to peace and security; [...] 5. *Calls upon* Member States that have the capacity to do so to take all necessary measures, in compliance with international law, in particular with the United Nations Charter, as well as international human rights, refugee and humanitarian law, on the territory under the control of ISIL also known as Da'esh, in Syria and Iraq, to redouble and coordinate their efforts to prevent and suppress terrorist acts committed specifically by ISIL also known as Da'esh as well as ANF, and all other individuals, groups, undertakings, and entities associated with Al Qaeda, and other terrorist groups, as designated by the United Nations Security Council, and as may further be agreed by the

Foi no parágrafo 5º dessa Resolução que as posteriores justificativas para uso da força na Síria se fundamentaram, muito embora utilizassem argumentos adjacentes, a exemplo da legítima defesa. Apesar de utilizar a linguagem que na prática do Conselho<sup>592</sup> está sempre relacionada a uma autorização para uso da força (“*tomar todas as medidas necessárias*”), destaca-se a ausência de expressa menção ao Capítulo VII, fator que, de igual modo, verifica-se sempre presente quando há explícita intenção de permitir o recurso à força com base no artigo 42 da Carta das Nações Unidas. A simples leitura do parágrafo 5º, ademais, causa transtorno à primeira vista, de modo que o trecho é praticamente incompreensível sem uma segunda leitura, e revela o uso de termos amplos e de significado concreto incerto. É por essa e por outras razões que essa resolução gerou aguda controvérsia na doutrina contemporânea, examinadas no próximo tópico desse trabalho.

Por fim, na interpretação das Resoluções do Conselho de Segurança, deve-se manter em mente o que foi registrado no parecer da Corte Internacional de Justiça na Opinião Consultiva *Namíbia*, de 1971. Na ocasião, consignou-se o seguinte:

A linguagem de uma resolução do Conselho de Segurança deveria ser plenamente analisada antes que uma conclusão possa ser tomada a respeito de seu efeito vinculante. À vista da natureza dos poderes sob o artigo 25, a questão se de fato eles foram exercidos deve ser determinada em cada caso, atentando-se aos termos da resolução a ser interpretada, as discussões que levaram a ela, os dispositivos da Carta invocados e, em geral, todas as circunstâncias que poderiam auxiliar na

---

International Syria Support Group (ISSG) and endorsed by the UN Security Council, pursuant to the Statement of the International Syria Support Group (ISSG) of 14 November, and to eradicate the safe haven they have established over significant parts of Iraq and Syria [...]”.

<sup>592</sup> Ver resoluções disponíveis em: <https://goo.gl/jLhQyZ> (link encurtado). Acesso em outubro de 2016. Ver, também: ALVIK, Ivar. *UN Security Council Resolutions as Authorization for the Use of Force: Collective Security under Chapter VII of the UN Charter*. Novembro de 2003. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/19756/edvartsen.pdf?sequence.> Acesso em outubro de 2016; SHAW, *op. cit.*, 2008, pp. 1235 e ss.



determinação das consequências jurídicas da resolução do Conselho de Segurança.<sup>593</sup>

A célebre passagem da Corte da Haia no caso é, em suma, um chamado à consideração do contexto da resolução no momento em que o intérprete lhe atribui sentido. Uma mera análise do texto, portanto, demonstra-se limitada para a plena apreensão dos efeitos jurídicos da resolução. E tal abordagem se faz necessária uma vez que, como observa Michael C. Wood, as resoluções do Conselho de Segurança “são frequentemente não claras, simples, concisas ou livre de ambiguidades. Elas são em geral redigidas por não juristas, com pressa, sob considerável pressão política, e com o objetivo de assegurar a unanimidade no Conselho”, motivo pelo qual muitas vezes conduzem à “ambiguidade deliberada e à adição de material supérfluo”<sup>594</sup>. Segundo o autor, é possível nesse afã recorrer também, ainda que com cautela, aos artigos 31 a 33<sup>595</sup> (regras gerais de interpretação) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, enquanto meio auxiliar na interpretação das resoluções do Conselho.

### **4.3. Interações do precedente sírio com o direito internacional contemporâneo**

#### **4.3.1. Repercussões na doutrina jurídica mais recente (2014-2016): dissonâncias aprofundadas**

---

<sup>593</sup> ICJ Reports 1971, p. 53. “The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council”.

<sup>594</sup> WOOD, Michael C. The Interpretation of Security Council Resolutions. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998. p. 82. “SCRs are frequently not clear, simple, concise or unambiguous. They are often drafted by non-lawyers, in haste, under considerable political pressure, and with a view to securing unanimity within the Council. This latter point is significant since it often leads to deliberate ambiguity and the addition of superfluous material (presumably thought at the time to be harmless)”.

<sup>595</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em outubro de 2016.

As reverberações do precedente sírio na doutrina do direito internacional foram praticamente imediatas, e o número de interpretações da situação varia praticamente conforme o número de doutrinadores consultados, tal é a complexidade e a volatilidade dos problemas que o caso suscita. Um breve exame de artigos a respeito do tema publicados entre 2014-2016 mostra como a argumentação oscila de um lado a outro do espectro de posições: há um estado de perplexidade conceitual, no qual se aprofundam dissonâncias já existentes entre os autores. Mesmo que individualmente as posições possuam certa coerência, o seu conjunto é um mosaico de paradoxos. O quadro desenvolvido no capítulo anterior, porém, em que a doutrina fora dividida em uma corrente restritiva e outra extensiva, pode facilitar sobremaneira a compreensão das manifestações recentes.

No geral, do que se consultou, em uma interpretação moldada pela teoria crítica, pode-se extrair que a doutrina restritiva, de um lado, vê-se confrontada com o problema da utopia, defendendo postulados que são duramente testados contra as forças inexoráveis da realidade internacional; e a doutrina extensiva, de outro, aparenta flertar com a apologia, à medida que propõe a ampliação jurídica do espaço de ação unilateral dos Estados. No âmbito normativo, a conclusão da primeira corrente é a de que a validade do critério do *unwilling or unable* e, como um todo, do abrandamento dos critérios para o direito à legítima defesa contra grupos terroristas, não é fenômeno *de lege lata* – existe, sim, um processo de transformação em curso, mas não se pode afirmar que esteja consolidado, devido às ambiguidades e às tensões normativas inerentes à sua dinâmica. De outro lado, a corrente extensiva aduz que o precedente sírio é um marco no sentido de estabelecer, de vez, o direito de legítima defesa de Estados atacados por grupos terroristas, baseado na aplicação do critério do Estado “indisposto ou incapaz”. Abaixo, ilustram-se esses pontos mediante o cotejo entre argumentos avançados por artigos pontuais publicados no período.

No viés extensivo, Michael P. Scharf defende que o precedente sírio representa, para o direito internacional contemporâneo, um “momento grociano” (*Grotian moment*), referindo-se, com o termo, a uma “mudança paradigmática fundamental que possui amplas implicações para o direito internacional”<sup>596</sup>. O uso da força contra o EI

---

<sup>596</sup> SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 48, 2016. p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2741256>. Acesso em outubro de 2016.

na Síria teria dado o empurrão final para que a emergente norma costumeira se consolidasse, em um processo acelerado característico de situações que envolvem ameaças sem precedentes. Em sua visão, a partir de agora “qualquer Estado pode legalmente usar a força contra atores não estatais (terroristas, rebeldes, piratas, cartéis de droga, etc.) que estão presentes no território de outro Estado se o Estado territorial está indisposto ou incapaz de suprimir a ameaça representada por tais atores não estatais”<sup>597</sup>. Não obstante, tal direito estaria sujeito a certas limitações, para que se impeçam arbitrariedades: a ação dos atores não estatais precisa equivaler a um *ataque armado* que possibilite o exercício da legítima defesa; a resposta armada deve ser direcionada contra o ator não estatal, e não contra o Estado que o abriga (a não ser que ele detenha o controle efetivo do grupo); e a ação militar deve observar os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da discriminação<sup>598</sup>.

Na mesma direção, em interpretação ampliativa, Michael C. Wood, vê emergir, no contexto sírio, um claro direito à legítima defesa contra os ataques do EI. E mais, quando a França, após os ataques a Paris em novembro de 2015, invocara o artigo 42(7) do Tratado da União Europeia<sup>599</sup>, o autor alega que houve uma “aceitação por todos os 28 Estados Membros da União Europeia de que o direito à legítima defesa estaria disponível contra ataques pelo Estado Islâmico, um ator não estatal”<sup>600</sup>. Wood crê que os Estados têm cada vez mais rejeitado a

---

“[...] events in 2015 triggered a “Grotian Moment”: a fundamental paradigm shift that will have broad implications for international law”.

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 53. “The implication of this newly accepted change in the international law of self-defense is that any State can now lawfully use force against non-state actors (terrorists, rebels, pirates, drug cartels, etc.) that are present in the territory of another State if the territorial State is unable or unwilling to suppress the threat posed by those non-state actors.”

<sup>598</sup> *Ibidem*, pp. 53-54.

<sup>599</sup> “7. Se um Estado-Membro vier a ser alvo de agressão armada no seu território, os outros Estados-Membros devem prestar-lhe auxílio e assistência por todos os meios ao seu alcance, em conformidade com o artigo 51.º da Carta das Nações Unidas. Tal não afecta o carácter específico da política de segurança e defesa de determinados Estados-Membros.”

<sup>600</sup> WOOD, Michael. *The Use of Force in 2015 With Particular Reference to Syria*. Conferência proferida em 5 de janeiro de 2016, na Universidade Hebraica de Jerusalém. p. 11. “Recourse to Article 42(7), with its reference to Article 51 of the Charter, in the face of the terrorist attacks in Paris on 13 November,

visão avançada pela Corte Internacional de Justiça no parecer consultivo sobre o caso da *Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado* (2004), segundo o qual o direito à legítima defesa pressuporia um ataque “por um Estado contra outro Estado” (*by a State against another State*). No palpite do autor inglês, aliás, a Corte jamais repetiria mais essa curta passagem caso tivesse de decidir o mesmo assunto hoje<sup>601</sup>.

Em uma análise um pouco mais moderada, tendendo à linha restritiva, Olivia Flasch reconhece que o amplo apoio e a baixa condenação aos ataques aéreos parecem favorecer o desenvolvimento do teste *unwilling or unable* “como meio de superar o alto nível de envolvimento estatal exigido no teste de ‘controle efetivo’ da Corte Internacional de Justiça, no caso *Nicarágua*”<sup>602</sup>. Contudo, “a ambiguidade relacionada à real intenção dos Estados para apoiarem os ataques aéreos [...] evidencia que muitos não estão convencidos sobre a legalidade de atacar o EI na Síria”<sup>603</sup>, o que faz com que o teste não tenha se cristalizado como norma de direito costumeiro, muito embora seu desenvolvimento tenha sido favorecido.

Na mesma linha de interpretação restritiva, Paulina Starski adota postura cautelosa e, nessa perspectiva, considera que “todos os argumentos apresentados para basear a atribuição no âmbito do artigo 51 sobre a indisposição ou a incapacidade falham em convencer *de lege*

---

would seem to indicate acceptance by all 28 EU Member States that the right of self-defence is available against attacks by the Islamic State, a non-State actor.”

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 15. “In the light of all that has happened since, I cannot think that the Court would repeat its short passage in the *Wall* case, if it had to decide the issue of principle today.”

<sup>602</sup> FLASCH, *op. cit.*, 2015, p. 55. “the lack of condemnation from States and the wide range of support for the air strikes appear to favour the development of the ‘Unwilling or Unable’ test as a means to overcome the high State involvement threshold as per the ICJ’s effective control test in *Nicaragua*.”

<sup>603</sup> *Ibidem*. “Nonetheless, the ambiguity as to the real intention of States for supporting the air strikes, as well as a number of States’ decision to only engage in the air strikes in Iraq’s territory, evidence that many are unconvinced as to the legality of attacking ISIL in Syria. Resultingly, the ‘Unwilling or Unable’ test cannot be said to have completely crystallised into a rule of customary law, although the present case has arguably served to develop the norm toward potential crystallisation.”

*lata*, em última análise”<sup>604</sup>. Ela defende, em geral, que normas primárias do direito internacional não podem ser aplicadas para combater ameaças terroristas, devendo-se fazer uso de critérios de atribuição. Se não for possível atribuir os atos do grupo ao Estado territorial, o artigo 51 não pode ser invocado, e qualquer ação militar nesse quadro seria, na verdade, uma represália armada, proibida pelo direito internacional<sup>605</sup>.

Para a autora, aceitar a validade do critério *unwilling or unable* significa abrir uma larga esfera de discricionariedade e autodeterminação ao Estado vítima, em detrimento da soberania do Estado territorial. Nesse sentido, o problema até poderia ser amenizado se a decisão sobre a indisposição ou a impotência (*unwillingness or unability*) de um determinado Estado fosse transferida ao Conselho de Segurança, órgão multilateral “que é capaz de assumir uma função de julgamento e escrutinização”<sup>606</sup>. Eventual inação do órgão, todavia, não justifica o abandono da proibição ao uso da força. Em suma, a autora afirma que “enquanto o padrão *unwilling or unable* pode possivelmente estar na iminência de emergir, ele ainda não é direito”<sup>607</sup>, descrevendo o estado atual do direito contemporâneo, nesse domínio, como uma “confusão geral em torno do artigo 51 no reino da política e do direito”<sup>608</sup>, e alertando para o perigo de se abrir, aí, uma Caixa de Pandora.

Olivier Corten, outro expoente da concepção restritiva, argumenta que o precedente sírio não favorece a consolidação do teste *unwilling or unable*, uma vez que a *opinio juris* dos Estados envolvidos é caracterizada por profundas ambiguidades, e, ainda, que houve Estados

---

<sup>604</sup> STARSKI, *op. cit.*, 2015, p. 30. “[...] all arguments put forward in order to base attribution within Art. 51 on unwillingness or inability ultimately fail to convince *de lege lata*.”

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 31. “Military defence actions against non-attributable attacks by non-state actors constitute in fact armed reprisals or forceful law enforcement measures against the host state and introduce an *ius ad bellum* that has been long overcome and contradicts the UNC in its very core. [...] The notions of necessity and proportionality limiting the exercise of self-defence are insufficient to preclude escalation, if the requirement of state attribution within Art. 51 is abandoned.”

<sup>606</sup> *Ibidem*, p. 32. “[...] this role can only be fulfilled by Security Council, which is capable of take over a jurying and scrutinizing function”.

<sup>607</sup> *Ibidem*. “While the unwilling or unable-standard might possibly be on the verge of emerging, it is not yet law”.

<sup>608</sup> *Ibidem*. “What we witnessing at this moment is rather a state of general confusion surrounding Art. 51 in politics and the legal realm.”

que não aceitaram o argumento. Em sua opinião, a aceitação dessa teoria não poderia ocorrer no direito internacional sem que as bases do sistema fossem radicalmente alteradas ou sem que o mecanismo de segurança coletiva fosse abolido:

Ao conferir a cada Estado o poder de implementar unilateralmente sua própria concepção das necessidades da guerra contra o terror, o padrão ‘*unwilling or unable*’ contorna, se não simplesmente ignora, [...] todo o sistema de segurança coletiva estabelecido pela Carta. Esse movimento aparece menos como um progresso apto a adaptar o direito internacional às novas configurações das relações internacionais do que como uma nova versão das teorias de ‘autopreservação’, ‘*self-help*’ ou ‘interesses vitais’ que caracterizaram o século dezenove.<sup>609</sup>

Para que uma alteração dessa natureza ocorresse, em sua visão, seria necessária não somente a aceitação de alguns Estados, mas da “comunidade internacional como um todo”<sup>610</sup>, pois a proibição ao uso da força é amplamente reconhecida como norma *jus cogens* no direito internacional, da qual *nenhuma derrogação* – nem total, nem parcial – é permitida, salvo por meio da emergência de norma contrária *de mesma hierarquia* – isto é, uma norma imperativa aceita pela ‘comunidade internacional dos Estados como um todo’, segundo expressa previsão do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> CORTEN, *op. cit.*, junho de 2016, p. 22. “By conferring to every state the power to implement unilaterally its own conception of the necessities of the war against terror, the ‘unwilling and unable’ standard bypasses, if not simply ignores, this core provision and, in so doing, the entire collective security system established by the Charter. That movement appears less as a progress able to adapt international law to the new configurations of international relations than as a new version of the ‘self-preservation’, ‘self-help’ or ‘vital interests’ theories that characterized the nineteenth century.”

<sup>610</sup> *Ibidem*, p. 22. “Any change would nevertheless require the acceptance of the ‘international community of States as a whole’, the non-use of force having been recognized as a peremptory norm on various occasions.”

<sup>611</sup> “Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma

Nesse contexto, o Centro de Direito Internacional da Universidade Livre de Bruxelas, sob iniciativa de Olivier Corten, lançou recentemente um manifesto “Contra a Invocação Abusiva da Legítima Defesa para Responder ao Desafio do Terrorismo”<sup>612</sup>. O documento, traduzido oficialmente para cinco línguas (francês, inglês, português, espanhol e árabe), atualmente encontra-se assinado por 243 professores de direito internacional de inúmeras universidades ao redor do mundo, incluindo 4 do Brasil<sup>613</sup>. O texto alerta, em resumo, para o risco de que “a legítima defesa se torne rapidamente um sésamo justificando sistematicamente o desencadeamento de ações militares conduzidas por todas as partes do mundo e unilateralmente”, assinalando que, apesar de não haver oposição em princípio ao uso da força contra terroristas, “o direito internacional prevê uma série de medidas para lutar contra o terrorismo que deveriam ser utilizadas em prioridade antes de se chegar à invocação da legítima defesa”<sup>614</sup>.

Cinco objeções são levantadas no manifesto. Primeiro, que o maior desafio é a prevenção e a repressão, por meio de cooperação policial e judicial, direcionada aos autores de atos terroristas, de maneira que se deve evitar a caracterização do problema como uma “guerra contra o terror”. Segundo, nos casos em que medidas militares se fizerem necessárias, deve-se buscar antes de tudo o consenso dos Estados envolvidos, antes de apelar para a legítima defesa. Terceiro, a responsabilidade principal no domínio da manutenção e do restabelecimento da paz compete ao Conselho de Segurança, ao qual caberia decidir sobre uma operação de segurança coletiva contra o terrorismo. “A prática que consiste em confiná-lo a um papel de produtor de resoluções ambíguas e de alcance essencialmente diplomático, como tem sido por exemplo o caso com a adoção da Resolução 2249 (2015) relativa à luta contra o Daesh, deve ser

---

derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

<sup>612</sup>

Disponível

em:

<http://cdi.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2016/06/ContraALD.pdf>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>613</sup>

Lista disponível em: <http://cdi.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2016/06/Liste-prof-et-assistants-oct.pdf>. Acesso em outubro de 2016. Do Brasil: Délber Andrade Gribel Lage (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), Luciano Meneguetti (Centro Universitário Toledo), Marcos Tourinho (Fundação Getúlio Vargas) e Paula Wojcikiewicz Almeida (Fundação Getúlio Vargas).

<sup>614</sup>

*Ibidem*, p. 1.

ultrapassada em benefício de um retorno à letra e ao espírito da Carta em vista a garantir uma abordagem multilateral da segurança”<sup>615</sup>. Quarto, somente em caso de inação do Conselho, e somente enquanto ela durar, pode-se falar em um direito à legítima defesa contra o grupo terrorista e, nessa ocasião, tal direito somente estará disponível se ficar comprovada a atribuição da conduta do grupo ao Estado territorial ou seu envolvimento substancial nas ações da organização, de modo que seja possível responsabilizá-lo por uma violação assimilável a um “ataque armado” nos termos do artigo 51. Assim,

O simples facto de um Estado ser, apesar dos seus esforços, incapaz de pôr fim aos atos terroristas no seu território não pode, contudo, bastar para justificar o bombardeamento do seu território sem o seu consentimento. Tal argumento não tem nenhum fundamento, seja nos textos jurídicos existentes, seja na jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Internacional de Justiça. A sua aceitação faria correr o risco de levar aos abusos os mais graves, as ações militares podendo doravante ser realizadas contra a vontade de um grande número de Estados sob o único pretexto de que estes não seriam, aos olhos da potência interveniente, suficientemente eficazes na luta contra o terrorismo.<sup>616</sup>

Por fim, o manifesto aponta que, sob pena de reduzir-se a ordem internacional a uma lógica intervencionista, a legítima defesa não deveria ser invocada sem que antes outras opções fossem consideradas e exploradas na luta contra o terrorismo. A Carta teve como objetivo implantar um sistema de segurança coletiva baseado na cooperação entre os Estados e no papel central do direito internacional. “Seria dramático se, em razão da emoção bem compreensível suscitada pela proliferação dos ataques terroristas, chegássemos a esquecê-lo”<sup>617</sup>. Há, portanto, um claro movimento da doutrina restritiva, apoiado por um grande número de pesquisadores, no sentido de repudiar as invocações abusivas do artigo 51 da Carta, alavancadas no contexto sírio.

---

<sup>615</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>617</sup> *Ibidem*, p. 2.



A atuação do Conselho de Segurança no caso da Síria também gerou alguma divergência na doutrina especializada, particularmente sobre os termos da Resolução 2249 (2015). Curiosamente, ressalvadas algumas opiniões mais extremas, houve aqui uma convergência maior entre as posições, no sentido de que o texto aprovado pelo órgão se enquadra em um contexto político de “ambiguidade construtiva”. A conjuntura, interpreta-se, é resultado de um compromisso cuidadosamente forjado entre interesses das grandes potências envolvidas no conflito da Síria. Assim, o documento oferece subsídio para as invocações de legítima defesa, ainda que não as endosse expressamente. Ilustram-se as tensões específicas mediante o cotejo de alguns autores nos parágrafos seguintes.

Um dos únicos internacionalistas que encontraram clareza nas palavras do Conselho de Segurança foi Michael Wood. Em sua compreensão, a referida Resolução é “clara e livre de ambiguidade”, tratando-se de um “desenvolvimento bem-vindo” na prática do Conselho<sup>618</sup>. O autor afirma que, apesar de a legítima defesa ser a exceção e a ação coletiva ser a regra no direito internacional, a situação do mundo contemporâneo revelaria que, “na maioria dos casos recorrer-se-á à legítima defesa porque o Conselho não é capaz de tomar as medidas necessárias, ou não o fará a tempo. [Portanto, a] legítima defesa endossada pelo Conselho é a próxima melhor coisa”<sup>619</sup>. A questão sobre se o documento foi adotado sob o Capítulo VII é, a seu ver, uma indagação falsa, e provavelmente é errado dizer que não o tenha sido<sup>620</sup>. A Resolução 2249 (2015), em suma, seria juridicamente importante, para o autor, na medida em que “indica que o direito inerente à legítima defesa individual e coletiva pode ser aplicado a ataques armados por

---

<sup>618</sup> WOOD, *op. cit.*, 2016. p. 6.

<sup>619</sup> *Ibidem*, p. 6. “It may be right that self-defence is the exception, and collective action the rule. But the fact is that, under present conditions, in most cases self-defence will be resorted to because the Council is not able to take the necessary measures, or will not do so quickly enough. Self-defence endorsed by the Council is the next best thing.”

<sup>620</sup> *Ibidem*, p. 8. “It has also been pointed out that although resolution 2249 (2015) uses ‘Chapter VII language’, the Council did not state that it was ‘acting under Chapter VII’. Yet to say that resolution 2249 (2015) was not adopted under Chapter VII is probably wrong, for a number of reasons. There was, for example, a clear determination of a threat to international peace and security, as required by Article 39. But the question whether it was adopted under Chapter VII is a false issue.”

terroristas, e que ele se aplica em face dos atuais ataques terroristas pelo Da'esh”<sup>621</sup>.

Com leitura menos extrema, Marc Weller defende que a Resolução, apesar de formalmente não autorizar o uso da força sob o mecanismo de segurança coletiva instituído pela Carta, ainda assim “abre as portas para uma leitura ampla da legítima defesa unilateral para todos os Estados contra o EI”, o que implica “alguns riscos”, uma vez que o órgão “abriu o caminho para uma ação forçada sem estabelecer o mecanismo necessário para garantir coordenação e limitação”<sup>622</sup>. Em sua opinião, o instrumento “abriu uma caixa de pandora” e representou uma “manobra extraordinária” do Conselho, pois “oferece uma interpretação autoritativa dos fatos em relação ao direito internacional e à Carta, em particular ao direito de legítima defesa”, de modo que, a partir da Resolução, é provável que qualquer Estado que tenha a capacidade de fazê-lo possa atacar o EI “sem a necessidade de muita argumentação jurídica”<sup>623</sup>.

As análises, em geral, apontam que o Conselho, apesar de sua ambiguidade jurídica, teria contribuído politicamente para reforçar a tese da legítima defesa contra o EI. Para Ashley Deeks, por exemplo, a Resolução 2249 (2015) “provavelmente não [foi] concebida para servir como uma autorização por si só para usar a força contra o EI na Síria e

---

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 8. “Legally it is important because, once again, the Council has spoken, spoken unanimously, in such a way as to indicate that the inherent right of individual and collective self-defence can apply to armed attacks by terrorists, and that it does apply in the face of the current terrorist attacks by Da'esh.”

<sup>622</sup> WELLER, Marc. UN Resolution on IS ‘extraordinary step’. *BBC News*, 24 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-europe-34900384>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>623</sup> WELLER, Marc. Permanent Imminence of Armed Attacks: Resolution 2249 (2015) and the Right to Self Defence Against Designated Terrorist Groups. *Blog of the European Journal of International Law*, 25 de novembro de 2015. “In reality, this reluctance has opened up a pandora’s box of potential claims to the use of force in Syria and possibly Iraq. This is because the resolution offers an authoritative interpretation of the facts in relation to international law and the Charter, in particular the right to self-defence. ISIL has indeed been branded the enemy of mankind. However, as the response in terms of the use of force is not a collective one, but based on self-defence, ISIL can, seemingly, be engaged forcibly by any state that has the capacity to do so without the need for much further legal argument.”

no Iraque”<sup>624</sup>, e, na verdade, tem propósito mais político que jurídico, à medida que seu polêmico parágrafo 5º parece “forjar um compromisso entre a Rússia e todos os outros Estados que atualmente estão usando força na Síria [...] [e] não rejeita nem aceita a legitimidade de nenhuma teoria jurídica em particular”<sup>625</sup>. Dessa forma, o documento permite aos Estados que continuem se baseando em suas doutrinas jurídicas para fazer uso da força na Síria, pois todas estão alegadamente “de acordo com a Carta das Nações Unidas” – único requisito colocado na Resolução. Elas exercem, nesse sentido, um *soft power*, porque, apesar de não autorizarem formalmente o uso da força, servem de argumento adicional aos Estados que o fazem<sup>626</sup>.

Quanto aos aspectos formais do instrumento aprovado, Dapo Akande e Marco Milanovic<sup>627</sup> observam que, para que uma autorização formal do uso da força estivesse presente, seria necessária a utilização, por parte do Conselho, de verbos operacionais mais incisivos, tais como *decidir* ou *autorizar* uma ação, o que sempre se verifica em resoluções dessa natureza, em vez de *solicitar* (*call upon*), como foi o caso da

---

<sup>624</sup> DEEKS, Ashley. Threading the Needle in Security Council Resolution 2249. *Lawfare Blog*, novembro de 2015. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/threading-needle-security-council-resolution-2249>. Acesso em outubro de 2016. “[...] OP5 likely is not intended to serve as a stand-alone authorization for using force against ISIS in Syria and Iraq.”

<sup>625</sup> *Ibidem*. “The paragraph would seem to forge a compromise between Russia and all other states currently using force in Syria. Russia is acting against ISIS in Syria with Assad’s consent, and asserts that other bases for using force in Syria are inconsistent with international law. The United States, France, Canada, Australia, Turkey, and other states are using force in Syria on a theory of collective self-defense of Iraq or of national self-defense or both. OP5 neither rejects nor accepts the legitimacy of any particular legal theory. Instead, it indicates approval for states to use force in Syria and Iraq as long as that force is consistent with the UN Charter. That allows states to continue to rely on their existing theories for using force—which each state asserts is consistent with the Charter—without having to resolve the legal dispute between Russia and the other states using force.”

<sup>626</sup> *Ibidem*. “In short, UNSCR 2249 may illustrate the soft power of Security Council Resolutions, even where those Resolutions do not formally authorize force.”

<sup>627</sup> AKANDE, Dapo *et* MILANOVIC, Marco. The Constructive Ambiguity of the Security Council’s ISIS Resolution. *Blog of the European Journal of International Law*, 21 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/#more-13855>. Acesso em outubro de 2016.

Resolução 2249 (2015). Há uma diferença, na verdade, entre autorizar (expressamente) e aprovar (implicitamente) o uso da força<sup>628</sup>. Assim, o documento somente encoraja os Estados a fazerem o que eles já são autorizados a fazer sob a Carta, não adicionando qualquer autoridade jurídica ao que já existia. Nesses termos, Akande e Milanovic observam que a Resolução cria um espaço de “ambiguidade construtiva”, pois “permite que os grandes *players* na Síria se aproximem politicamente sem abandonarem as posições jurídicas que haviam anteriormente adotado, e sem que se comprometam seus interesses essenciais”<sup>629</sup>.

Julian Lindley também vê certa ambiguidade no documento. A seu ver, o fato sugere a existência de três tensões: (a) talvez a Carta, até um certo ponto, esteja necessitando de uma “modernização”; (b) para aqueles Estados comprometidos com a luta armada contra o EI, o documento pode ser interpretado como uma “autorização implícita do uso da força”; (c) para os Estados preocupados com a defesa da soberania da Síria – tal como a Rússia e a China –, a Resolução pode servir de apoio para alegar que o uso da força deve ser realizado apenas contra grupos “terroristas”<sup>630</sup>.

Por fim, implicações normativas da conduta do Conselho também foram objeto de preocupação da doutrina, especialmente na de cunho restritivo. Nesse sentido, Starski afirma que, mesmo ausente autorização do uso da força por parte do Conselho na Resolução 2249 (2015), a questão possui outras nuances. Ressalvada a utilização de linguagem ambígua e implícita, a autora considera que a Resolução “ainda serve como um reforço à principal narrativa da ‘Coalizão Global’”<sup>631</sup>, pois

---

<sup>628</sup> *Ibidem*. “This difference in language itself suggests that though the Council contemplates, and perhaps would even welcome, the use of force by states, it does not authorize such action.”

<sup>629</sup> *Ibidem*. “This, therefore, is the resolution’s constructive ambiguity: it allows the major players in Syria to politically move closer together without departing from the legal positions that they had previously adopted, and without compromising their essential interests.”

<sup>630</sup> LINDLEY, Julian. UNSCR 2249: Are Power, Strategy and Law Aligned in the Fight Against IS? 23 de novembro de 2015. Disponível em: <http://lindleyfrench.blogspot.com.br/2015/11/unsr-2249-are-power-strategy-and-law.html>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>631</sup> STARSKI, Paulina. “Legitimized Self-Defense” – Quo Vadis Security Council? *Blog of the European Journal of International Law*, 10 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/legitimized-self-defense-quo-vadis-security-council/>. Acesso em outubro de 2016. “Although silent on self-defense, UNSC resolution 2249 still serves as a reinforcement of the main

contém palavras que podem ser interpretadas como uma afirmação das atuais operações de autodefesa. A atuação do Conselho é problemática especialmente em relação ao que se denomina de “estratégia de legitimação *de facto* da autodefesa”, pois embora o órgão possa interpretar o artigo 51 da Carta e contribuir para sua evolução dinâmica, “ele não pode emendá-lo”<sup>632</sup> – e a fronteira entre evolução e emenda é delicada. Outro efeito da Resolução, ainda, “parece ser o de que a legítima defesa em termos fáticos toma o lugar da ação coletiva, portanto erodindo as categorias da Carta das Nações Unidas – com a bênção do Conselho de Segurança”<sup>633</sup>. É possível que esses sejam sinais da consolidação de uma prática legitimadora da autodefesa por parte do Conselho em casos de terrorismo, o que, segundo a autora, malgrado seja caminho viável em tempos de ausência de consenso entre os membros permanentes, merece maiores reflexões a respeito das possíveis consequências a longo prazo.

Confrontados os principais argumentos da doutrina recente acerca dos limites (e possibilidades) teórico-normativos do uso da força na Síria, verificar-se-á, na sequência, em que medida os fundamentos invocados são compatíveis com o quadro teórico-normativo desenhado nos capítulos anteriores desta pesquisa.

#### **4.3.2. Tensões normativas entre o uso e o abuso da legítima defesa no contexto da proibição geral ao uso da força**

Do que foi até agora examinado, emerge com singular clareza o fato de que existe ampla discordância, na prática e na teoria, a respeito do estado atual do direito internacional (*lex lata*) no domínio do uso da força em legítima defesa contra entidades não estatais. No centro do problema, como já se viu, encontra-se a complexa questão do relacionamento que a ordem jurídica estabelece não somente com

---

narrative of the “Global Coalition”: The UNSC has chosen wording that allows its resolution to be interpreted as an affirmation of ongoing self-defense operations.”

<sup>632</sup> *Ibidem*. “This strategy of *de facto* “legitimizing” self-defense is problematic for two reasons. First of all, the UNSC may obviously interpret Art. 51 UNC and contribute to its dynamic evolution. However, it may not amend it.”

<sup>633</sup> *Ibidem*. “Secondly, one effect of resolution 2249 seems to be that self-defense factually takes the place of collective action, thereby disrupting the categories of the UNC – with the blessing of the UNSC. Self-defense does not depend on UNSC authorization.”

sujeitos não tradicionais, mas sobretudo grupos armados cuja própria existência é um fato ilícito. Qualquer movimento nesse terreno é suscetível de iniciar uma cadeia de consequências jurídicas que pode se tornar irreversível, pois mexe com tensões que se situam em áreas delicadas do ordenamento internacional.

A primeira tensão normativa que se identifica traduz-se no afã de ampliação do aspecto subjetivo do direito à legítima defesa, revelado na dicotomia Estados *vs.* entidades não estatais. Por meio dessa operação, procura-se estender o direito do uso da força, enquanto norma primária, à regulação da conduta de entidades não estatais, pela via do costume internacional. Contudo, perde-se de vista, nesse processo, que o sistema de segurança estabelecido pela Carta possui caráter essencialmente interestatal. A proibição geral da força é dirigida aos Estados; o Conselho de Segurança é formado por Estados; e o direito à legítima defesa é reservado aos Membros das Nações Unidas (cf. art. 51). Assim, mesmo que o texto não exija que o “ataque armado” seja estatal, o dispositivo deve ser lido no contexto em que se encontra.

O argumento de a violência privada ser implicitamente proibida pelo direito costumeiro é, por si só, insuficiente para justificar uma tal expansão do direito à legítima defesa. Aqui, esbarra-se sempre na dificuldade de explicar a violação da soberania que decorre do uso da força militar no território de um Estado, sem o seu consentimento, sob o argumento de que o ataque é direcionado contra um grupo não estatal agressor. É difícil imaginar como seria a vida na comunidade internacional se grupos não estatais pudessem invocar o direito à legítima defesa uns contra os outros, internacionalmente, ao arrepio das fronteiras e do consentimento dos Estados, pelo simples fato de que a proibição ao uso da força lhes é aplicável consuetudinariamente. Ou, ainda, se Estados pudessem guerrear com entes privados ao redor do globo, à custa da integridade territorial e da soberania alheias, a seu próprio juízo e sem dever explicações plausíveis aos governos em questão.

Por isso, para conter as ameaças internas, não estatais, existe o direito interno. E se uma determinada situação criminosa ou política gera efeitos para além de seu território (*spillover effect*), tem-se a via da cooperação internacional e abre-se o recurso aos amplos poderes conferidos ao Conselho de Segurança na determinação de medidas cabíveis em caso de “ameaça à paz” (art. 39 da Carta). Ademais, o Estado que se sente prejudicado poderá tomar as medidas de controle de fronteira que lhe são lícitas a fim de mitigar esses efeitos no interior de seu território. Nota-se claramente, porém, como a questão está

relacionada ao bom funcionamento das demais instâncias do direito internacional (cooperação e multilateralismo), uma vez que a inércia ou a ineficácia de tais vias coletivas poderá contribuir para que o Estado prejudicado aja por si mesmo.

O direito internacional não exclui, *a priori*, a possibilidade de ação em legítima defesa contra um ataque praticado por um grupo não estatal. Entretanto, para que ele se verifique, é necessário que se configure uma situação tal qual a prevista no artigo 3(g) da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral da ONU – que o grupo tenha sido *enviado por ou em nome do Estado*, ou que o Estado esteja *envolvido de modo substancial* nas atividades das forças irregulares. Outra hipótese, ainda, é aquela em que a conexão existente entre o grupo armado e o Estado territorial é tal que permita atribuir os atos do grupo ao Estado. Isso ocorre quando o Estado detém *controle efetivo* sobre as operações armadas das forças irregulares em questão (art. 8º do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional), ou, também, quando estas agem em *dependência total* daquele, figurando como *órgãos de facto* do respectivo Estado. Os critérios vigentes e aceitos, como se vê, são estritos.

Assim, essa expansão do aspecto subjetivo da legítima defesa, da maneira como tem sido realizada, ocorre à revelia dos critérios vigentes no direito internacional contemporâneo, pois, de acordo com as normas aplicáveis, se um ataque armado praticado por forças irregulares atuando a partir de um Estado estrangeiro não puder ser normativamente atribuído a esse Estado (provando-se a existência de uma forte conexão entre o governo e as forças irregulares), eventual resposta militar do Estado-vítima contra tais forças somente será lícita mediante o consentimento do governo do Estado estrangeiro, ou, ainda, por autorização do Conselho de Segurança. Do contrário, a conduta implicará violação à integridade territorial e soberania desse último Estado.

Os precedentes analisados nesse trabalho mostraram três tentativas de Estados de alargar essa possibilidade, avançando critérios menos rígidos para o exercício da legítima defesa. Os Estados Unidos, por exemplo, em 2001, alegaram que o simples fato de um Estado *abrigar* um grupo terrorista em seu território (*harboring doctrine*) seria suficiente para que se possa exercer a legítima defesa contra ele – “*we will make no distinction between the terrorists and those who harbor them*”. Eles se basearam em uma aquiescência e apoio por parte do regime Talibã em relação à al-Qaeda. O mesmo ocorreu no caso da Colômbia, em que a conduta do país foi duramente criticada pela

comunidade internacional – à exceção dos Estados Unidos. Já no precedente de Israel, a argumentação foi ambígua, mas também levou à conclusão de que seria possível invadir o Líbano para deter o Hezbollah, ainda que não houvesse conexão clara entre o grupo e o governo.

O precedente sírio, em relação aos casos analisados, leva a questão um passo além: o governo da Síria não é, em tese, aliado EI; portanto, não existe de sua parte, tecnicamente, uma tolerância em relação ao terrorismo. A invocação da legítima defesa nesse contexto ignorou a existência de qualquer alinhamento ou conexão entre o grupo e o Estado – bastou que se considerasse o governo sírio como *incapaz* de combater o EI, e a atribuição de conduta tornou-se prescindível. Assim, os Estados que intervieram na Síria não recorreram às normas secundárias para justificar suas ações. Isso pode ter ocorrido porque os critérios aplicáveis, pelo menos no modo em que interpretados pela Corte Internacional de Justiça, permanecem significativamente rígidos (*controle efetivo, dependência total*), e fariam pressupor uma forte relação entre o governo sírio e o EI para que o exercício da legítima defesa em território sírio fosse lícito, o que inexiste no caso. Assim, avançou-se que o exercício da legítima defesa na Síria, no domínio subjetivo, encontra-se restrito a duas partes: o Estado que intervém, e o EI – sem, teoricamente, envolver a Síria.

Os Estados que iniciaram atividades militares na Síria disseram que as medidas se direcionavam ao Estado Islâmico, e não à Síria. Nesse particular, vislumbra-se uma cisão de amplas consequências no domínio do *jus contra bellum*: se essa ressalva é válida sob o direito internacional, então passa a ser possível a um Estado recorrer à força militar *no* território de um Estado estrangeiro, mesmo na ausência de consentimento deste, sem que com isso se considere a força esteja sendo usada *contra* o Estado estrangeiro (ou seja, sem que esteja violando sua integridade territorial). Dito de outro modo, mesmo sem consentimento do governo, seria possível usar a força *na* Síria sem usar a força *contra* a Síria. Todavia, não parece exagerado dizer que essa manobra resulta em artificialidade capaz de pôr em dúvida os fundamentos da proibição ao uso da força no direito internacional.

Afinal, não é possível ter clareza sobre os limites práticos aplicáveis a essa expansão subjetiva. Se o Estado Islâmico ocupa a cidade de Raqqa, na Síria (instala-se – por exemplo – em seus templos religiosos, toma seus prédios que antes eram instalações do governo, e monta acampamento em escolas e hospitais), de que forma, aos olhos do direito internacional, seria possível atacar somente o EI, sem que com isso se estivesse atacando também a Síria? Inexoravelmente, se, ao final



da luta *contra o EI*, uma cidade inteira *da Síria* pode ser destruída, ou se refinarias de petróleo *sírias* dominadas agora *pelo EI* podem ser demolidas, então já não há mais limites claros para o uso da força contra a Síria. A teoria do *unwilling or unable*, nesses termos, tende a produzir um efeito *slippery slope*<sup>634</sup> (literalmente, um “terreno escorregadio”) no direito internacional, pois, como se viu no quadro teórico-normativo desenhado nesta pesquisa, se não há limites minimamente definíveis para a legítima defesa, a validade da proibição geral à força, à qual ela é exceção, é diretamente colocada em cheque.

A segunda tensão normativa, à vista do exposto, corresponde à distinção entre usos *mais graves* e usos *menos graves* da força no direito internacional. O movimento se insere em uma expansão do critério objetivo do conceito de “ataque armado”, positivado no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, a fim de que nele sejam enquadrados “ataques terroristas”, para fins de exercício da legítima defesa. O parâmetro para tal equiparação, ao que tudo indica, seria a gravidade dos fatos, isto é, a proporção do ataque. Esse raciocínio se relaciona com a distinção fundamental estabelecida no caso *Nicarágua*, segundo a qual é preciso separar os usos *mais graves* da força dos usos *menos graves*, visto que essas situações possuem consequências distintas no direito internacional. O resultado específico dos usos *mais graves* é que eles configuram um “ataque armado”, que, por sua vez, é pressuposto normativo do exercício da legítima defesa. No fim do dia, aliás, viu-se que a Corte Internacional de Justiça deixou em aberto a questão de se o direito internacional atual permite o exercício da legítima defesa contra

---

<sup>634</sup> LODE, Eric. Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning. *California Law Review*, vol. 87, 1999. p. 1470. “People often argue that we should resist some practice or policy on the grounds that allowing it could lead us to allow some other practice or policy that is clearly objectionable. Such arguments frequently employ the question: If we do allow the practice or policy under consideration, then where would we draw the line? This question is generally meant to be rhetorical. Typically, it is not a request for clarification so much as a thinly-veiled assertion that we can draw no rationally defensible line between the practice or policy under consideration and some clearly objectionable one. [...] Today, people generally describe such arguments by using the metaphor of the “slippery slope.” According to this imagery, allowing the practice or policy under consideration would put us on the top of a “slippery slope.” Once there, it would be difficult, if not impossible, for us to prevent a slide to the bottom. Since such arguments allege that this slide would be objectionable or otherwise undesirable, they urge us to resist the practice or policy under consideration.”

“ataques em grande escala”<sup>635</sup> por forças irregulares. O que da jurisprudência se pode extrair é, apenas, que um ataque armado pode, sim, ser praticado por forças irregulares, mas desde que a situação pudesse ser classificada como um ataque armado se tivesse sido levada a efeito por forças regulares, e desde que o ataque possa ser atribuído a um Estado, segundo critérios como o *controle efetivo*, o *envio* ou o *envolvimento substancial* do Estado.

Na prática, parece haver menor resistência explícita dos Estados à invocação da legítima defesa em “ataques terroristas” de grandes proporções, independentemente da questão da atribuição de conduta. No cenário recente, observa-se que a gravidade dos ataques praticados por forças irregulares é possivelmente um fator que guia a reação da comunidade internacional à invocação da legítima defesa. Em ataque de grande escala, como no caso Estados Unidos/Afganistão (2001), a tendência é haver menor condenação ao Estado que invoca o direito de defender-se. Em outros casos, com ataques de menores proporções, como em Colômbia/Equador (2008) e Israel/Líbano (2006), verificam-se reações mais fragmentadas, ampliando-se o número de condenações. Na Síria, tendo o Conselho de Segurança classificado o EI como uma “ameaça global sem precedentes”, a magnitude das ações do grupo armado parece contribuir para uma menor resistência dos Estados ao exercício da legítima defesa pela Coalizão Global. Assim, a oposição da comunidade internacional à invocação da legítima defesa contra um ataque praticado por forças irregulares tende a ser inversamente proporcional à gravidade do ataque. O raciocínio é o de que, na ausência de atribuição de conduta, a violação da soberania do Estado que abriga o grupo autor do ataque seria menos condenável à medida que o ataque armado fosse mais grave. Não se deve ignorar, contudo, que esse certamente não é o único fator a influenciar as reações dos Estados, as quais se baseiam não raramente em critério político (amigo/inimigo).

---

<sup>635</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Julgamento de 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>. Acesso em outubro de 2016. Parágrafo 147. “For all these reasons, the Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces.”

Há quem sugira, nesse contexto, que o precedente sírio, antes de favorecer a regra *unwilling or unable*, desponta, na verdade, como fortalecimento da doutrina segundo a qual, diante situações cuja gravidade seja incontornável por outros meios, seria possível usar força militar contra grupos não estatais, de modo unilateral, mesmo sem o consentimento ou autorização do Estado territorial. Nesse sentido,

Enquanto [...] a falta de condenação dos ataques contra o EI na Síria parece estar relacionada à indisposição ou incapacidade da Síria para confinar os atos do EI ao seu território, não se deveria descartar completamente que esteja, em vez disso, ou também, relacionada à gravidade da ameaça que o EI representa para a comunidade internacional. Em vez de servir para o desenvolvimento do teste *unwilling or unable* como uma regra de direito internacional costumeiro, talvez as reações dos Estados sirvam como prática estatal e *opinio juris* para o desenvolvimento de uma doutrina separada: uma doutrina que permita intervenção não consentida, não autorizada e unilateral no território de outro Estado se a ameaça representada por atores não estatais no interior desse território é tão grave e disseminada que alguma atitude deva ser tomada para suprimi-la [...] Enquanto está sendo cuidadosa para não estabelecer um precedente jurídico, a comunidade internacional pode, em vez disso, estar sustentando a ideia de que o Conselho de Segurança é às vezes forçado a ignorar certas violações da proibição ao uso da força quando está claro que uma intervenção é necessária para impedir uma grave ameaça coletiva à comunidade internacional como um todo.<sup>636</sup>

---

<sup>636</sup> FLASCH, *op. cit.*, 2015, pp. 52-53. “While, as mentioned earlier, the lack of condemnation of the attacks against ISIL in Syria appears to be related to Syria’s unwillingness or inability to confine ISIL’s acts to its territory, one should not rule out completely that it is rather, or also, linked to the gravity of the threat ISIL poses to the international community. Rather than serving to assist in the development of the ‘Unwilling or Unable’ test toward a rule of customary international law, perhaps the reactions of States serve as State practice and *opinio juris* for the development of a separate doctrine: a doctrine that allows for unconsented, and unauthorised unilateral intervention into

No entanto, apesar de ser um fator a ser considerado, a gravidade dos ataques (ou a necessidade da resposta) não pode se converter no único requisito e critério para avaliara a legalidade da legítima defesa. Primeiro, porque não deixa de ser uma exceção ao uso da força que não se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico. Depois, porque a hipótese, na prática, seria semelhante à invocação de um “estado de necessidade” como excludente de ilicitude do uso da força. Essa justificativa não é permitida no direito internacional por dois motivos: (1) por força da natureza *jus cogens* da norma proibitiva, contra as quais não podem ser invocadas excludentes de ilicitude<sup>637</sup>; e (2) porque o estado de necessidade, tal como compreendido no direito costumeiro internacional, à medida que se volta à proteção de um “interesse essencial” que esteja gravemente ameaçado, só pode ser invocado se tal invocação não prejudicar seriamente “interesse essencial” do Estado em face do qual a obrigação é devida ou da comunidade internacional como um todo, conforme previsto no artigo 25 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional<sup>638</sup>. Com

---

another State’s territory if the threat posed by non-State actors within that territory is so grave and so widespread that action must be taken to suppress it. [...] While being careful not to set a legal precedent, the international community may instead be raising the idea that the UNSC is sometimes forced to overlook certain violations of the prohibition on the use of force when it is clear that an intervention is needed to prevent a grave collective threat to the international community as a whole.”

<sup>637</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos: *a commentary*. Disponível em:

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

Acesso em novembro de 2016. “Article 26. Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.”

<sup>638</sup> *Ibidem*. “Article 25. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation

efeito, é difícil defender que o uso ilegal da força não implicaria em prejuízo a interesse essencial da comunidade internacional como um todo, pois é algo que decorre necessariamente da natureza *jus cogens* da norma violada. Assim, a proposta de exceção relacionada à gravidade dos ataques deve ser lida com extrema cautela e, *a priori*, não nos parece viável no contexto do direito internacional contemporâneo.

Em maiores proporções, na verdade, utilizar o critério da *necessidade* como fator expansivo do direito à legítima defesa, e não limitativo de seu exercício, pode conduzir o regime do uso da força aos traços que ele possuía na vigência das doutrinas de autopreservação e *self-help*, nos séculos XVIII e XIX. Como exposto no capítulo anterior, o teste do *unwilling or unable* está intimamente relacionado à ideia de necessidade no exercício da legítima defesa. A aplicação correta do controle restritivo da *necessidade* pressupõe, primeiro, que os demais requisitos do exercício da legítima defesa estejam preenchidos para que, então, o Estado se pergunte se a ação é realmente necessária. Só aí, em caso afirmativo, a força pode ser lícitamente utilizada. Do contrário, a simples necessidade justificaria todo recurso à força militar. Curiosamente, foi exatamente isso que se quis abolir com uma maior objetivização e restrição ao uso da força no século XX.

Um terceiro foco de tensão normativa relaciona-se às ambiguidades e hesitações relacionadas às justificativas oferecidas pelos Estados da “Coalizão Global” em seus ataques contra o EI. Traduz-se, como se verá, na dicotomia entre violação e formação do direito. Dos dez Estados que arguíram a legítima defesa, apenas quatro países invocaram expressamente, perante o Conselho, a doutrina do *unwilling or unable*. Houve justificativas genéricas, como a da França. Outras mais ambíguas, como a da Holanda e da República Checa. Outras, ainda, que se valeram da Resolução 2249 (2015) como legitimadora das ações de legítima defesa na Síria. Bélgica e Alemanha apresentaram discurso levemente distinto, fazendo referência ao “controle de território” por parte do EI. Em compensação, condenações explícitas partiram apenas da Rússia, do Irã e da Síria, aliadas a uma rejeição sobremodo genérica por parte da China.

Nesse cenário, de todas as justificativas apresentadas, ainda que o critério do *unwilling or unable* tenha sido invocado por alguns Estados, parece emergir, no mínimo, a existência de uma certa cautela por parte

---

of necessity.” Veja, também: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungria vs. Eslováquia). Julgamento de 25 de setembro de 1997. Parágrafos 51 e 52.

dos demais em se fundamentar explicitamente nesse argumento. Dificilmente se verifica, no material estudado, a existência de uma prática uniforme e geral dos Estados, que se protraia no tempo e que seja suficiente à consolidação de uma nova norma de direito costumeiro relacionada à legítima defesa. Evidenciadas as importantes distinções entre as justificativas apresentadas pelos Estados, não se pode classificar o material como uniforme. E, por serem relativamente poucos os atores diretamente envolvidos diante do número de Estados da comunidade internacional, tampouco se pode adjetivar a prática de geral.

No direito internacional, o nascimento de uma norma costumeira que se configura como exceção a uma proibição geral de caráter *jus cogens*, como é o caso da proibição ao uso da força, requer uma prática densa, uniforme e geral<sup>639</sup>. Aqui, na realidade, volta à superfície a questão da relevância do método de determinação de normas costumeiras para a solução do impasse normativo que, à luz da prática já existente, também se evidencia no precedente sírio. Uns adotam método mais rígido, outros mais flexível, como vimos ao longo da pesquisa. O que jamais se pode perder de vista, contudo, é que uma norma *ius cogens* é definida, no direito internacional, como “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, [...] da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior [...] da mesma natureza”<sup>640</sup>. Por isso, qualquer derrogação ou modificação da proibição geral ao uso da força precisa adquirir a mesma força e hierarquia normativa para surtir efeitos jurídicos. Ampliar exceções à aplicabilidade de uma regra geral significa introduzir modificações substanciais na própria regra, o que, no caso de norma *ius cogens*, demanda um procedimento e uma densidade de prática suficientemente rígidos<sup>641</sup>.

---

<sup>639</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*. London Conference, 2000. p. 20. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

Acesso em outubro de 2016. “(i) General customary international law is created by State practice which is uniform, extensive and representative in character. These three requirements are dealt with in Sections 13-15. (ii) Although normally some time will elapse before there is sufficient practice to satisfy these criteria, no precise amount of time is required.”

<sup>640</sup> Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. Artigo 53.

<sup>641</sup> A circunstância deixa transparecer, com toda a clareza, a face mais orgânica do direito internacional, magistralmente compreendida por Maurice H. MENDELSON e exposta em seu curso na renomada Academia da Haia (The

O silêncio de terceiros Estados – Estados não envolvidos – no precedente sírio, diante da relativa obscuridade dos fundamentos jurídicos invocados, dificilmente poderia ser interpretado como aquiescência em relação ao desenvolvimento e consolidação do critério do *unwilling or unable* no direito internacional costumeiro. Na verdade, nesses momentos de “volatilidade normativa”, como observa Starski, aumenta significativamente a “responsabilidade legislativa” dos sujeitos do direito internacional. Nessa situação, um posicionamento claro por parte dos Estados sobre esse “ponto nevrálgico” poderia contribuir para a “preservar a certeza jurídica de uma norma de ampla preocupação comum, [como] a proibição do uso da força”<sup>642</sup>. O silêncio, ao contrário, antes de importar em consentimento tácito à flexibilização do regime de uso da força, apenas agrava a indeterminação que permeia o quadro jurídico do uso unilateral da força na Síria.

Nessa tensão, vê-se que a linha entre *violação* e *formação* do direito (*law-breaking* e *law-making*)<sup>643</sup>, no domínio do direito internacional, pode ser tênue, ainda mais quando se trata do núcleo do sistema, no qual se situam as normas sobre o uso da força. Existe sempre um momento no processo de formação do direito consuetudinário em que a nova prática é ilegal diante da antiga norma. O único mecanismo que evita esse conflito seria a invocação de uma cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, de uma mudança fundamental das circunstâncias que torna a norma antiga obsoleta e, portanto, inaplicável<sup>644</sup>. A doutrina extensiva, como se viu na pesquisa, baseia-se

---

Formation of Customary International Law. *Récueil des Cours*, 1998. p. 195): “[...] as pearls are produced by the irritant of a piece of grit entering an oyster’s shell, so the interactions and mutual accommodations of States produce the pearl—so to speak—of customary law.”

<sup>642</sup> *Ibidem*, p. 45. “A clear positioning at this neuralgic point in time will preserve legal certainty of a norm of great common concern, the prohibition on the use of force.”

<sup>643</sup> STAHN, Carsten. Between Law-Breaking and Law-Making: Syria, Humanitarian Intervention and ‘What the Law Ought to Be’. *Grotius Centre for International Legal Studies*, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2343582>. Acesso em outubro de 2016.

<sup>644</sup> *Ibidem*, p. 454. “The fundamental change doctrine might allow us to envisage action which otherwise would seem like deviation as not deviation, after all. This resembles the *rebus sic stantibus* doctrine, held generally valid in respect of treaties. If we think of custom as tacit agreement, then there exists no difficulty to apply the *rebus* doctrine in respect of custom, too. However, care should be taken not to include into “fundamental change” a change in State

amplamente em argumentos relacionados, referindo-se a uma “nova realidade” em que as normas do direito do uso da força precisam ser repensadas para fazerem frente às “novas ameaças”. Entretanto, em 2005, a comunidade internacional reunida havia afirmado que as normas da Carta permanecem suficientes para lidar com toda a gama de fenômenos que ameaçam a segurança e a paz no século XXI<sup>645</sup>. A tensão entre mudança e continuidade se situa na base da discussão.

De todo modo, é difícil negar, à luz do precedente sírio, que “as regras sobre legítima defesa encontram-se em fluxo nesse momento”<sup>646</sup>. Na verdade, é o máximo que, à luz dessa pesquisa, se pode afirmar. Existe uma instabilidade na prática que, no entanto, ainda não se consolidou como desenvolvimento normativo claro no seio da comunidade internacional. O critério do *unwilling or unable* apresenta características sensivelmente problemáticas, de consequências incertas, para que se considere como incorporado ao núcleo do sistema jurídico internacional. Embora o período seja de instabilidade, parece precipitado afirmar que o direito costumeiro nesse domínio tenha de fato sofrido alteração.

É à luz desses fatos e dessas discussões, enfim, que se fala de um *abuso* do direito à legítima defesa. Toda vindicação de maior liberdade de ação no domínio do uso da força, isto é, de ampliação do âmbito de incidência do artigo 51, é mais uma tensão que se adiciona ao sustentáculo do sistema de segurança coletiva estabelecido pela Carta

---

practice or the *opinio juris*. This is, of course, a change in customary law, pure and simple. If the “fundamental change” doctrine is to have meaning in respect of custom, it must denote a change, not in the law but in the conditions, for a particular State, of its carrying out its customary duties.”

<sup>645</sup> Doc. da ONU: A/RES/60/1. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>. Acesso em outubro de 2016. Parágrafos 78 e 79. “We reiterate the importance of promoting and strengthening the multilateral process and of addressing international challenges and problems by strictly abiding by the Charter and the principles of international law, and further stress our commitment to multilateralism. [...] We reaffirm that the relevant provisions of the Charter are sufficient to address the full range of threats to international peace and security. We further reaffirm the authority of the Security Council to mandate coercive action to maintain and restore international peace and security. We stress the importance of acting in accordance with the purposes and principles of the Charter.”

<sup>646</sup> STARSKI, *op. cit.*, 2015, p. 32. “Undeniably the rules on self-defence are in flux at this moment. Future developments have to be observed carefully by scholars.”



das Nações Unidas. A quarta tensão normativa, assim, é a do multilateralismo *vs.* unilateralismo. Atribuir ao Conselho de Segurança um papel subsidiário, de “legitimador *ex post facto*” de intervenções unilaterais, parece inverter a lógica do sistema – o que dificilmente se faz sem quebrá-lo ao meio. Desde o primeiro capítulo da pesquisa foi possível notar a posição de primazia que a Carta confere à ação multilateral, ao subordinar a legítima defesa, em seus aspectos centrais, às determinações do Conselho. A discussão sobre a emergência do critério *unwilling or unable* não pode ignorar o modo como esse desenvolvimento seria enquadrado no multilateralismo proposto pela Carta. Uma eventual consolidação do teste *unwilling or unable* no direito internacional precisaria considerar seriamente a possibilidade de colocar sobre o Conselho de Segurança o poder de decidir *se e quando* um determinado encontra-se na situação “indisposto ou incapaz”, a fim de conter o espaço para abuso.

O futuro do direito internacional nessa seara depende, sobretudo, do fortalecimento do compromisso dos membros permanentes do Conselho com uma atuação responsável e relevante do órgão no seio dos principais desafios securitários da comunidade internacional, pois do silêncio, da omissão e da vagueza do Conselho, emanam muitos dos problemas jurídicos aqui revisitados. Difícil não recordar, nesse ponto, situações passadas de época inação e omissão do Conselho diante de terríveis atrocidades<sup>647</sup>. Afinal, existe uma autoridade para fazer frente aos desafios de paz e segurança na Síria e, em último caso, até autorizar a força na Síria sem o consentimento do governo: o Conselho. Reduzi-lo a uma instância repetidora de ambiguidades é imergir o sistema e esperar que ele continue respirando. Existe um delicado equilíbrio entre os artigos 2(4), 39 e 51 da Carta das Nações Unidas. Em outras palavras, a contenção do uso unilateral da força depende, em termos práticos, do funcionamento do sistema multilateral. Esticar indevidamente a interpretação de qualquer um desses dispositivos para cobrir a inoperância do outro pode ferir de morte a estabilidade do sistema.

Face às tensões apresentadas, permanece válida a conclusão de Antonio Casesse em artigo publicado no *European Journal of International Law*, no *lendemain* dos atentados em Nova Iorque, 2001,

---

<sup>647</sup> Como, por exemplo, no genocídio ruandês. BARNETT, Michael. The United Nations Security Council and Rwanda. *Expert opinion paper for the “International Decision-Making in the Age of Genocide: Rwanda 1990-1994” project*, junho de 2014. Disponível em: <http://goo.gl/ZRZkHR> (url encurtada). Acesso em outubro de 2016.

intitulado *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. Como o título sugere, o terrorismo tem sido o centro de um processo de desmanche de certas categorias jurídicas do direito internacional. Assim, o autor defende que as respostas dos Estados a esse fenômeno somente podem conduzir a mudanças aceitáveis na comunidade internacional “[...] se medidas razoáveis são tomadas, tanto quanto possível de modo coletivo, as quais não colidam com os princípios amplamente aceitos dessa comunidade”. Do contrário, “o caminho estaria aberto ao estabelecimento daquela *anarquia* na comunidade internacional tão ferozmente desejada pelos terroristas”<sup>648</sup>. Em suma, portanto, é preciso que, em tempos de mudanças e crises, haja apego aos princípios amplamente aceitos pela comunidade internacional, tais como a proibição ao uso da força, a soberania dos Estados e a não-intervenção, a fim de que, a partir daí, sejam elaboradas respostas construtivas – e não destrutivas – aos desafios que emergem.

#### **4.3.3. Direito, exceção e terrorismo: o precedente sírio e a absolutização da inimidade**

A empreitada realizada nesta pesquisa seguiu a linha de uma análise formal das fontes do direito internacional, na tentativa de apresentar uma resposta à indagação a respeito de como se dá a interação do precedente sírio com as normas sobre uso da força no direito internacional contemporâneo. O método utilizado, portanto, produz conclusões cuja validade é interna ao domínio do direito, pois resulta do confronto das fontes formais do ordenamento internacional. O resultado da pesquisa mostrou que a interação se dá de modo complexo, pois revela uma ampliação sintomática do direito à legítima defesa que ameaça a validade da proibição geral ao uso da força. O fenômeno ocorre em um contexto recente de invocação excessiva e aparentemente abusiva do direito à legítima defesa contra ameaças terroristas. Por isso,

---

<sup>648</sup> CASSESE, Antonio. *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 5, 2001. pp. 993-1001. “In sum, the response to the appalling tragedy of 11 September may lead to acceptable legal change in the international community only if reasonable measures are taken, as much as possible on a collective basis, which do not collide with the generally accepted principles of this community. Otherwise, the road would be open to the setting in of that *anarchy* so eagerly pursued by the terrorists”.

resumir a resposta da questão à mera análise normativa seria contribuir para a incompreensão do tema no estado em que ele se encontra.

Os contornos do problema se relacionam, em um nível mais profundo, com o conflito permanente entre estabilidade e mudança, de certa forma sempre presente no direito internacional. Conforme a análise de Koskenniemi, nessas ocasiões, uma ênfase demasiada na estabilidade “parece utópica, conservadora e alheia à vontade e o interesse do presente”, enquanto uma supervalorização da mudança “não é capaz de fornecer a segurança e a estabilidade para a qual o direito é positivado em primeiro lugar”<sup>649</sup>. A doutrina moderna é marcada por esse conflito existencial. Entretanto, adotar um ponto que se situe no meio termo, isto é, afirmar que mudança e estabilidade precisam ser “equilibradas” (*balanced*), é simplesmente reafirmar o problema, pois não há critério objetivo para que essa ponderação se efetue.

Para retomar categorias que foram introduzidas no primeiro capítulo da pesquisa, há, na Síria, a mesma tensão que permeia o combate ao terrorismo, em geral, na perspectiva dos países ocidentais: a dicotomia legalidade/excepcionalidade. Existe uma tendência à utilização do vocabulário bélico. Essa característica se evidencia com clareza, por exemplo, no discurso de François Hollande perante o Parlamento francês, logo após os ataques do EI a Paris, em 13 de novembro de 2015. Na ocasião, o Presidente anunciou uma série de medidas excepcionais que a França passaria a adotar para fazer frente ao *terrorismo de guerra*, entre as quais estariam a declaração do *état d'urgence*, o restabelecimento do controle nas fronteiras, a perda da nacionalidade de indivíduos condenados por atentados e proposta de emenda à Constituição para ampliar os poderes do Presidente para a “tomada de medidas excepcionais” contra o terrorismo. Do que foi dito, extrai-se:

A França está em guerra. Os atos cometidos sexta-feira à noite em Paris e perto do Estádio da França são atos de guerra. Eles deixaram pelo menos 129 mortos e numerosos feridos. Eles constituem uma

---

<sup>649</sup> KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 2005. p. 452. “A purely materialistic position freezes custom into a general command for States to do what they have always done. It seems utopian, conservative and devoid of relation to present will and interest. A purely psychological position cannot provide the security and stability for which law is enacted in the first place.”

agressão contra nosso país, contra os seus valores, contra a sua juventude, contra o seu modo de vida. Eles são obra de uma armada jihadista, o grupo Daesh, que nos combate porque a França é um país de liberdade, porque nós somos a pátria dos Direitos Humanos.

[...] apesar de que nós não estamos engajados em uma guerra de civilização, porque esses assassinos não representam nenhuma. Nós estamos em guerra contra o terrorismo jihadista que ameaça o mundo inteiro e não somente a França.

[...] a necessidade de destruir o Daesh constitui um assunto que diz respeito a toda a comunidade internacional. [...] A partir de hoje, a França intensificará suas operações na Síria.

[...] todos os Estados membros [da União Europeia] devem oferecer sua solidariedade face a essa agressão, porque o inimigo não é um inimigo da França, é um inimigo da Europa.

[...] Na noite de sexta-feira, quando as fuziladas deram a conhecer seu terrível resultado, eu reuni o Conselho de Ministros, eu ordenei o restabelecimento imediato dos controles nas fronteiras e eu proclamei o estado de urgência, sob proposta do Primeiro Ministro. Ele está doravante vigente em todo o território e eu alarguei a possibilidade de proceder a buscas administrativas em todos os departamentos metropolitanos.

[...] Eu decidi que o Parlamento avaliará a partir de quarta-feira um projeto de lei prolongando o estado de urgência por três meses e adaptando seu conteúdo à evolução das tecnologias e das ameaças. Com efeito, a lei que rege o estado de urgência, a lei de 3 de abril de 1955, não podia estar conforme ao estado das tecnologias e das ameaças que nós encontramos nos dias de hoje.

[...] Eu estimo em consciência que nós devemos fazer evoluir nossa Constituição para permitir ao poder público agir, conformemente ao estado de direito, contra o terrorismo de guerra. [...] nós estamos em guerra. Mas essa guerra de um outro tipo contra um adversário novo clama por um regime constitucional que permita gerenciar o estado de crise. [...] Trata-se de poder dispor de uma ferramenta apropriada para fundamentar a

tomada de medidas excepcionais por um certo tempo [...]<sup>650</sup>

O discurso da guerra, aliado à excepcionalidade, no contexto do terrorismo está intimamente conectados às intervenções na Síria. Afinal, o François Hollande que interpreta o direito interno e o julga inadequado é o mesmo que toma a decisão de enviar tropas para a Síria. Essa medida, no contexto em que realizada, parece apenas mais uma no meio de diversas outras decisões *excepcionais* diante dos ataques sofridos pelo EI. Se o direito francês lhe parece inadequado, assim também se lhe

---

<sup>650</sup> Disponível em: <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/>. Acesso em outubro de 2016. “La France est en guerre. Les actes commis vendredi soir à Paris et près du Stade de France, sont des actes de guerre. Ils ont fait au moins 129 morts et de nombreux blessés. Ils constituent une agression contre notre pays, contre ses valeurs, contre sa jeunesse, contre son mode de vie. Ils sont le fait d’une armée djihadiste, le groupe Daech qui nous combat parce que la France est un pays de liberté, parce que nous sommes la patrie des Droits de l’Homme. [...] si bien que nous ne sommes pas engagés dans une guerre de civilisation, parce que ces assassins n’en représentent aucune. Nous sommes dans une guerre contre le terrorisme djihadiste qui menace le monde entier et pas seulement la France. [...] la nécessité de détruire Daech constitue un sujet qui concerne toute la communauté internationale. [...] D’ici là, la France intensifiera ses opérations en Syrie. [...] tous les Etats membres doivent lui apporter solidarité face à cette agression car l’ennemi n’est pas un ennemi de la France, c’est un ennemi de l’Europe. [...] Dans la nuit de vendredi, lorsque les fusillades ont fait connaître leur terrible bilan, j’ai réuni le Conseil des ministres, j’ai ordonné le rétablissement immédiat des contrôles aux frontières et j’ai proclamé l’état d’urgence, sur proposition du Premier ministre. Il est désormais effectif sur tout le territoire et j’ai élargi la possibilité de procéder à des perquisitions administratives dans tous les départements métropolitains. [...] J’ai décidé que le Parlement serait saisi dès mercredi d’un projet de loi prolongeant l’état d’urgence pour trois mois et adaptant son contenu à l’évolution des technologies et des menaces. En effet, la loi qui régit l’état d’urgence, la loi du 3 avril 1955 ne pouvait pas être conforme à l’état des technologies et des menaces que nous rencontrons aujourd’hui. [...] J’estime en conscience que nous devons faire évoluer notre Constitution pour permettre aux pouvoirs publics d’agir, conformément à l’état de droit, contre le terrorisme de guerre. [...] nous sommes en guerre. Mais cette guerre d’un autre type face à un adversaire nouveau appelle un régime constitutionnel permettant de gérer l’état de crise. [...] Il s’agit de pouvoir disposer d’un outil approprié pour fonder la prise de mesures exceptionnelles pour une certaine durée”.

afigura o direito internacional. Nesse instante de certo calor e emoção, o ímpeto político diz que se deve responder com energia e força. E, ali mesmo, o direito à legítima defesa está ao alcance da França. Sua invocação depende do simples envio de uma carta genérica ao Conselho de Segurança. Há, portanto, uma evidente conexão entre os pontos.

Por isso, é neste cenário que se deve compreender o problema do uso da força contra entidades não estatais na Síria: um cenário composto por um discurso de guerra contra o terrorismo e de tomadas de medidas de exceção – medidas que, com o tempo, terminam por se tornar permanentes, instituindo no direito interno e também no direito internacional uma “nova normalidade”. As medidas excepcionais tornam-se uma técnica de governo<sup>651</sup>. Assim, “[...] em nome da excepcionalidade da luta antiterrorista nós transformamos a relação entre liberdade e segurança, entre a norma e a exceção, entre o legal e o extrajurídico”<sup>652</sup>.

Um estudo sobre as interpretações do artigo 51 da Carta das Nações Unidas no contexto da “guerra contra o terrorismo” precisa levar em conta que os eventos analisados ocorrem sob um discurso de exceção por parte dos governos ocidentais no que diz respeito ao tratamento jurídico dos *terroristas*. O vocabulário bélico e as medidas excepcionais, tanto no direito interno como no direito internacional, procuram distanciar a análise da questão do paradigma da estrita legalidade, pois consideram-na inadequada para responder às ameaças dos dias atuais. Quando deixam de ser pontuais para se tornarem recorrentes, as medidas de exceção instituem uma *nova normalidade*, na qual a regra passa a ser não obedecer à regra. Cria-se um “espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei”, como dizia Agamben.

---

<sup>651</sup> AGAMBEN, *op. cit.*, 2007. p. 13. “Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente - e, de fato, já transformou de modo muito perceptível - a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.”

<sup>652</sup> CAMUS, Colombe. La lutte contre le terrorisme dans les démocraties occidentales: État de droit et exceptionnalisme. *Revue Internationale et Stratégique*, n. 66, v. 2, 2007. “au nom de l'exceptionnalité de la lutte antiterroriste on transforme la relation entre liberté et sécurité, entre la norme et l'exception, entre le légal et l'extralégal [...]”.

Lauterpacht ensinava que, “se o direito internacional se encontra, em alguns aspectos, no ponto de fuga do direito, o direito da guerra se encontra, talvez mais conspicuamente, no ponto de fuga do direito internacional”<sup>653</sup>. Na continuidade do raciocínio, não seria exagerado dizer que a aplicação do direito da guerra a entidades não estatais situa-se no ponto de fuga do direito da guerra. O estudo aqui desenvolvido revela, junto de suas conclusões, as limitações inerentes a uma análise dessa espécie. O estado de perplexidade conceitual no qual o direito sobre o uso da força está atualmente envolto apresenta-se como um ambiente inóspito a teorizações. Não obstante, *hay que hacerlas*. Houve ocasiões pretéritas em que os teóricos mais respeitados, juristas, lançaram mão do argumento de que o uso da força era, naquele caso, pontualmente ilegal, mas legítimo<sup>654</sup>. De fato, o indizível do desumano é de causar assombro a qualquer teoria. Porém, nesses momentos cruciais, a renúncia ao direito, ou a triste confusão entre direito e moral, não deveria ser alternativa: aí residem as absolutizações, o total e o extermínio. Por isso, um novo e maior aprofundamento nas reflexões teóricas do direito internacional sobre os conceitos de guerra, inimizade e justiça é, mais do que nunca, tarefa fundamental e inadiável. E compete aos juristas.

O conflito na Síria estimula, enfim, reflexões sobre estratégias de oposição ao terrorismo. Em que medida a situação atual na região do Levante foi causada pelas medidas adotadas na *guerra contra terror* que se iniciou em 2001 é uma pergunta que acompanha essa ponderação. As insuficiências de um trabalho que se destina a compreender somente a dinâmica da argumentação jurídica relacionada à legítima defesa na Síria são evidentes. Entretanto, mesmo nessa análise pontual é possível apontar que o terrorismo, por ser um problema de longo prazo, dificilmente pode ser combatido de maneira eficaz e duradoura por meio da legítima defesa, que é medida de natureza precária e excepcional. O combate da comunidade internacional contra o terrorismo, tal como revelam as diversas convenções internacionais sobre o tema, é feito primariamente por meio da via da cooperação entre os Estados em

---

<sup>653</sup> LAUTERPACHT, Hersch. The Problem of the Revision of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, 1952. p. 382. “If international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps more even conspicuously, at the vanishing point of international law”.

<sup>654</sup> Como no caso da intervenção da OTAN no Kosovo: INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION ON KOSOVO. *The Kosovo Report*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

matéria criminal, judicial e policial. São medidas dessa natureza, aplicadas a longo prazo em um esforço concertado dos governos para enfraquecer e desmontar as redes de terrorismo, que se revelam como o caminho prioritário em termos jurídicos.

Em síntese, o uso da força não pode substituir o desenvolvimento de uma ação concertada e duradoura entre os Estados, de natureza política e jurídica, para enfraquecer e, em última instância, conter eficazmente o uso do terrorismo como meio de combate. A força, no paradigma da Carta, é intervenção cirúrgica e tópica, voltada à resolução de quadros agudos. O problema do terrorismo, a seu turno, é crônico, e, por isso, demanda tratamento constante e prolongado. O abuso da legítima defesa traz consigo o risco confundir normalidade e excepcionalidade e, a longo prazo, provoca sérias fraturas no sistema de segurança coletiva. Uma interpretação restrita do artigo 51, nesse contexto, “parece trazer consequência menos sérias à preservação da paz do que sua expansão irrefletida”<sup>655</sup>.

Finalmente, a guerra contra o terrorismo traz consigo a absolutização da inimizade. Por ser uma hostilidade travada sobre um discurso de valores morais, o inimigo adquire, nela, um sentido abstrato. Trata-se de uma luta da humanidade contra o seu grande inimigo – *hostis humani generis*. Uma guerra da civilização contra a barbárie, na qual o inimigo é destituído de humanidade. O lado oposto não é um inimigo, mas um criminoso desumano. Não possui valor, apenas desvalor. E quem quiser arguir o contrário será igualmente criminoso e desumano. “A lógica do valor e desvalor desenvolve toda sua consequência exterminadora, engendrando sempre novas e mais profundas discriminações, criminalizações e depreciações até o extermínio de toda vida indigna de viver”<sup>656</sup>.

O fim dessa espécie de conflito é a guerra total, cujo objetivo não é a rendição do inimigo, com a assinatura de um tratado de paz, mas, sim, sua plena aniquilação. A negociação se torna impossível quando um dos lados está fechado a qualquer possibilidade de diálogo. Muito mais quando os dois estão. O discurso que estimula a consolidação de uma narrativa de guerra de religiões ou de valores – tanto por parte dos Estados do ocidente como por parte dos grupos armados – contribui para que conflito ganhe contornos de uma guerra de aniquilação, de caráter

---

<sup>655</sup> STARSKI, *op. cit.*, 2015, p. 32. “[...] a strict interpretation of Art. 51 would yield less severe repercussions for the preservation of international peace than its non-reflective expansion.”

<sup>656</sup> SCHMITT, *op. cit.*, 2009, p. 242.



total, na qual a paz somente é possível mediante a completa desumanização e exterminação do inimigo, que é visto como *hostis humani generis*. O retorno à ideia de que guerra e justiça abstrata estão conectadas, nesse contexto, pode conduzir a novas formas de absolutização dos conflitos. Acontece, de fato, o que Carl Schmitt havia previsto na década de 1960, quando tratava da mudança fundamental no conceito de guerra ocorrida com o surgimento da guerra *partisan*:

Em um mundo no qual os parceiros, dessa maneira, se impelem mutuamente para dentro do abismo da total desvalorização antes de se exterminarem fisicamente, têm que surgir novas formas de inimizade absoluta. A inimizade tornar-se-á tão temível que, talvez, nem mais se possa falar em inimigo ou inimizade, sendo ambas, inclusive, formalmente proscritas e condenadas antes que a obra de aniquilação possa começar. O extermínio torna-se, então, inteiramente abstrato e inteiramente absoluto. Ele não será mais dirigido contra um inimigo; servirá tão-somente a uma imposição pretensamente objetiva de valores supremos, para a qual, como se sabe, nenhum preço é por demais elevado. Só a negação da inimizade real é que torna livre o caminho para a obra exterminadora de uma inimizade absoluta.<sup>657</sup>

Por essas razões, a Síria de nossos dias oferece, em todos os sentidos, um triste exemplo sobre o qual o mundo deveria meditar<sup>658</sup>.

---

<sup>657</sup> *Ibidem*, pp. 242-243.

<sup>658</sup> Expressão retirada da épica troca de cartas entre Atenas e Melos, na luta ateniense contra Esparta. A respeito: TUCÍDIDES. *The History of the Peloponnesian War*. Trad. R. Crawley and R. C. Feetham. Connecticut: Cardavon Press, 1974. pp. 293-299 *apud* CRAWFORD, *op. cit.*, 2013.



## 5. Considerações Finais

Definir os limites do direito à legítima defesa é tarefa crucial no processo de consolidação da proibição ao uso da força no direito internacional. Em tempos de crise, em que emoções inflamam atitudes e discursos, manter um olhar sereno sobre o enquadramento jurídico da guerra demanda esforço. Esta pesquisa inseriu-se no quadro de um esforço dessa natureza, à medida que procurou situar o precedente sírio em um contexto teórico-normativo abrangente. Em meio a diversos estudos pontuais realizados sobre a temática, sobretudo em língua estrangeira, a abordagem desenvolvida neste trabalho foi pensada com o intuito de contribuir à discussão mediante tratamento sistemático, embora não exaustivo, da significação jurídica do precedente sírio no cenário contemporâneo.

Na pesquisa, observou-se que o problema da legítima defesa em âmbito não estatal circunda questões centrais do direito das gentes, pois, no fundo, relaciona-se com a interpretação de normas que compõem o núcleo da ordem jurídica internacional. Discutiu-se, também, o modo pelo qual a questão se torna ainda mais complexa diante da sua relação com o fenômeno do terrorismo. Os efeitos desse problema relacionam-se com a indeterminação estrutural da ordem jurídica internacional, ordem que é entendida como o resultado de um processo político que se desenrola sob a perspectiva de um futuro incerto e é impulsionado por participantes que possuem prioridades contraditórias entre si. Em muitos momentos, de fato, testemunhou-se a defesa de polos radicalmente opostos nos debates visitados. Não obstante, das premissas do horizonte teórico-normativo desenhado, foi possível extrair a existência de uma série de tensões normativas provocadas e/ou intensificadas pela invocação da legítima defesa contra o EI na Síria, trazendo-se à luz, nesse processo, as dificuldades em conciliá-la com a vigência da proibição ao uso da força no direito internacional.

A primeira dessas tensões refere-se à dicotomia Estados *vs.* entidades não estatais. Ela reside, especificamente, na expansão do âmbito subjetivo de aplicação do artigo 51 da Carta, fazendo com que o dispositivo incida diretamente sobre a conduta de forças irregulares. O movimento apresentou-se problemático à medida que menospreza o fato de que o sistema de segurança coletiva da Carta opera em contexto essencialmente interestatal. No momento atual, não há clareza sobre

como compatibilizar a aplicação direta do *jus contra bellum* e da legítima defesa a tais entidades com o princípio da soberania dos Estados. É difícil imaginar como seria a vida na comunidade internacional se grupos não estatais pudessem invocar o direito à legítima defesa uns contra os outros, internacionalmente, ou se Estados pudessem guerrear com entes privados ao redor do globo, tudo à custa da integridade territorial e da soberania alheias, a seu próprio juízo e sem dever explicações plausíveis a governo nenhum. Segundo os critérios normativos em vigor, para que um Estado invoque o direito à legítima defesa contra uma entidade não estatal, é preciso que, diante de um ataque armado praticado por parte dessa entidade, esse ataque seja normativamente atribuído a um Estado estrangeiro. Essa atribuição, a seu turno, só ocorre se ficar provada uma forte conexão entre esse Estado estrangeiro e a entidade não estatal autora do ataque. Não verificada a atribuição, as vias da cooperação e do multilateralismo permanecem abertas aos Estados prejudicados. Constata-se, então, que a expansão do aspecto subjetivo da legítima defesa, da maneira como tem sido realizada, ocorre à revelia dos parâmetros vigentes no ordenamento internacional.

Esse movimento expansivo, nota-se, cria situações inusitadas na prática também. Uma delas é a dificuldade de se justificar por qual motivo um ataque no território de um Estado seria escusável pelo simples argumento de que a ação não se direciona contra aquele Estado, mas, sim, contra um grupo irregular situado em seu território. Os limites aplicáveis a essa hipótese seriam difíceis de se estabelecer. Por exemplo, se um grupo armado ocupa um prédio governamental, poderia esse mesmo prédio ser atacado por um Estado estrangeiro sob o fundamento de que o ataque é direcionado contra o grupo e não contra o Estado territorial? Se não há como estabelecer balizas minimamente definíveis para o exercício da legítima defesa, a validade da proibição geral à força, à qual ela é exceção, é diretamente colocada em cheque. Por isso, sustenta-se que compatibilizar, na prática, um direito à legítima defesa contra entidades não estatais com a proibição geral ao uso da força sem valer-se do critério de atribuição de conduta é algo que, no contexto atual, não parece viável.

A segunda tensão normativa observada reside na distinção entre usos *mais graves* e usos *menos graves* da força, e se relaciona com a expansão do aspecto objetivo da legítima defesa. Viu-se que, segundo a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, essas duas espécies de situações possuem consequências jurídicas distintas no direito internacional. Enquanto um mero incidente de fronteira não é capaz de

acionar o direito à legítima defesa, um ataque armado – de maior escala – o é. Com efeito, os precedentes analisados, contra os quais se avaliou o caso sírio, demonstram ser relevante o critério da gravidade dos ataques no que diz respeito à avaliação da licitude da legítima defesa. Nos episódios da prática estatal revisitados em que os ataques terroristas foram de grande escala, verificou-se um menor número de condenações por parte da comunidade internacional ao Estado que invocou o direito de autodefesa, especialmente quando comparados àqueles em que a ação do grupo armado não passou de um incidente fronteiriço. Daí que a gravidade dos ataques não estatais e as respectivas condenações de terceiros Estados à invocação da legítima defesa pelo Estado-vítima parecem guardar, entre si, relação de proporcionalidade inversa, ao menos no recorte da prática aqui explorado. Logo, permanece válida a ideia de que consequência jurídicas distintas emergem em casos de usos menos graves e mais graves da força. Não obstante, a questão mostrou-se mais profunda.

A gravidade dos fatos não pode, no direito internacional atual, ser o único requisito e critério de avaliação da licitude do exercício da legítima defesa. Essa circunstância seria equivalente a invocar o estado de necessidade como excludente de ilicitude à proibição da força, o que é vedado pelo ordenamento jurídico internacional, pois, além de tratar-se de uma norma proibitiva de caráter *jus cogens*, sua inobservância viola frontalmente interesse essencial do Estado prejudicado e, igualmente, da comunidade internacional como um todo (*erga omnes*), motivo pelo qual não se pode alegar esta circunstância de preclusão da ilegalidade para descumpri-la. Em maiores proporções, observa-se que utilizar o critério da necessidade como fator expansivo do direito à legítima defesa, e não como limitativo de seu exercício, pode conferir ao regime contemporâneo do uso da força traços que ele possuía na antiga vigência das doutrinas de autopreservação e *self-help*, nos séculos em que não havia proibição geral à guerra e nem sistema de segurança coletiva. Assim, a correta aplicação do controle restritivo da *necessidade* pressupõe, primeiro, que os demais requisitos do exercício da legítima defesa estejam preenchidos para que, somente então, o Estado-vítima se pergunte se a ação é realmente necessária. Só aí, em caso afirmativo, a força poderá ser licitamente utilizada. Do contrário, a simples necessidade justificaria todo recurso à força militar – exatamente o que se quis abolir com uma maior objetivização e restrição ao uso da força no século XX.

Em terceiro lugar, viu-se presente nos desdobramentos do precedente sírio uma outra tensão relacionada à linha tênue que separa a

violação do direito e a formação de uma nova norma costumeira. Nesse contexto, parte da doutrina sustenta que a prática estatal recente oferece subsídio para que se afirme a consolidação consuetudinária da doutrina do Estado “indisposto ou incapaz”, permitindo, nessa situação, o direito à legítima defesa contra entidades não estatais mediante a aplicação de critérios menos rígidos do que aqueles já vigentes no direito contemporâneo, adaptando-se as normas da Carta, dessa maneira, a uma nova realidade. Constatou-se, todavia, que esse argumento dificilmente pode ser conciliado com o panorama teórico-normativo apresentado.

Em suma, porque o caráter *jus cogens* da proibição do artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas faz com que qualquer derrogação ou modificação do conteúdo dessa norma tenha de ser precedida pela aceitação e reconhecimento da “comunidade internacional dos Estados como um todo”. O processo de emergência de uma nova exceção à proibição da guerra, portanto, presume a existência de uma prática uniforme e geral, protraída no tempo, legitimada por uma *opinio juris* clara e consistente. Entretanto, a análise dos principais precedentes recentes, e principalmente da invocação da legítima defesa na Síria revelou que os argumentos avançados pelos Estados, ainda que todos baseados na autodefesa, possuem significativas diferenças entre si, especialmente quanto à expressa invocação de critérios como o *unwilling or unable*. No cotejo das cartas e justificativas apresentadas, pareceu haver uma certa hesitação por parte de alguns Estados em afirmar a validade, em abstrato, desse parâmetro no direito contemporâneo. Em outras palavras, a *opinio juris* verificada, quando não era lacônica ou genérica, sofria de ambiguidades em aspectos relevantes. As reações dos Estados não diretamente envolvidos, por sua vez, foram difusas, e o silêncio dos demais sujeitos dificilmente poderia ser interpretado como aquiescência em relação ao novo critério. Nesse contexto, pelo material analisado, soa precipitado afirmar que uma norma costumeira que autorize o direito à legítima defesa contra entidades não estatais, pelo critério do *unwilling or unable*, tenha, de fato, emergido no direito internacional.

Uma última importante tensão verificada reside no binômio unilateralismo vs. multilateralismo. Nesse campo, investigou-se o papel do Conselho de Segurança no precedente sírio e, em geral, nas situações em que o fenômeno do terrorismo transborda um determinado Estado e resulta em ameaça à paz e à segurança internacionais. Em específico, a Resolução 2249 (2015), com suas ambivalências e obscuridades, despontou como exemplo de como o tensionamento das forças políticas presentes no Conselho de Segurança é capaz de fazer com que a atuação

do órgão seja significativamente afetada em situações limítrofes. Em contexto mais amplo, portanto, estima-se que o *deadlock* no Conselho, se recorrente, pode contribuir para que a autoridade do órgão seja pouco a pouco escamoteada e relegada a uma penumbra cinzenta, em que a ausência de ação multilateral oportuna e relevante vai representando não apenas inércia insignificante, mas, no fim das contas, ação nociva.

Por isso, considera-se que o futuro do direito internacional nessa seara depende não necessariamente do desenvolvimento de novos critérios para o uso da força, mas, sim, em grande medida, do fortalecimento do compromisso dos membros permanentes do Conselho com uma atuação responsável e relevante do órgão no seio dos principais desafios securitários da comunidade internacional no século XXI. Pois do silêncio, da omissão e da vagueza do Conselho, emanam muitos dos problemas jurídicos aqui revisitados. Esse, aliás, é mais um dos diversos motivos pelos quais se clama por uma reforma do órgão. Afinal, constatou-se que existe um equilíbrio delicado que sustenta o tripé do sistema de segurança coletiva formado pelo artigo 2(4) (proibição à força), o artigo 39 (competência do Conselho) e o artigo 51 (legítima defesa) da Carta. Seu bom funcionamento, então, requer o engajamento de todos os membros da Organização e, em especial, do Conselho de Segurança, órgão sobre o qual recai a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais. Esse caminho, ainda que permeado pela política, não deixa de ser uma via jurídica, uma vez que a vitalidade do sistema jurídico da segurança coletiva depende da atuação responsável do Conselho, de modo que a política e o direito não são, aqui, senão faces do mesmo fenômeno.

Nesse contexto, a discussão sobre eventual emergência do critério *unwilling or unable* não pode ignorar o modo como esse desenvolvimento seria enquadrado no multilateralismo proposto pela Carta das Nações Unidas. O cenário de uma consolidação do teste *unwilling or unable* no direito internacional, ainda que problemático, precisaria, conforme já sugerido em alguma doutrina e aqui confirmado, considerar a possibilidade de delegar ao Conselho de Segurança, enquanto instância multilateral detentora do monopólio do uso da força na comunidade internacional, o poder de decidir *se* e *quando* um determinado Estado encontra-se “indisposto ou incapaz”, limitando-se, assim, a possibilidade de abuso do direito à legítima defesa. Em síntese, um procedimento dessa natureza poderia conferir maior objetividade ao referido critério, tornando menos difícil, quiçá, o intrincado esforço de compatibilizá-lo com a vigência da proibição geral ao uso da força.

Em um plano teórico, ainda, observou-se na pesquisa a existência de certos perigos relacionados à imbricada relação que se estabelece entre direito, exceção e terrorismo, também visíveis no precedente sírio. Há, na Síria, a mesma tensão que permeia o combate ao terrorismo na perspectiva dos países ocidentais: a dicotomia legalidade vs. excepcionalidade. O vocabulário bélico e as medidas excepcionais, tanto no direito interno como no direito internacional, procuram distanciar a análise da questão do paradigma da estrita legalidade, pois consideram-na inadequada para responder às ameaças dos dias atuais. Viu-se que, quando deixam de ser pontuais para se tornarem recorrentes, as medidas de exceção instituem uma *nova normalidade*, na qual a regra passa a ser não obedecer à regra. Cria-se um “espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei”, como dizia Agamben. Por isso, defende-se que o uso da força, enquanto medida tópica e cirúrgica, não pode substituir o desenvolvimento de uma ação concertada e duradoura entre os Estados, de natureza política e jurídica, para enfraquecer e, em última instância, conter eficazmente o uso do terrorismo como meio de combate, que é um problema crônico.

Por fim, quando se adiciona a esse panorama a face moral e religiosa do conflito, as variáveis se enredam de modo ainda mais complexo. Observa-se que o discurso que estimula a consolidação de uma narrativa de guerra de valores ou crenças, tanto por parte dos Estados do ocidente como por parte dos demais atores envolvidos, coopera para que o conflito ganhe contornos de uma guerra de aniquilação, de caráter total, na qual a paz somente é possível mediante a completa desumanização e exterminação do inimigo, que é visto como *hostis humani generis*. Corre-se, aqui, o perigoso risco de flertar com novas formas de absolutização da inimizade, em um nível abstrato, cujo resultado é, como mostra a história, a guerra total. Momentos de crise, enfim, requerem apego aos princípios jurídicos amplamente aceitos pelos sujeitos da comunidade internacional. Assim o é porque, no reino dos fins, onde todo ser humano possui uma dignidade, a busca dos objetivos desejados pela comunidade, por mais nobres que sejam, não pode se dar a qualquer preço.



## 6. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGO, Roberto. The European Tradition in International Law: Dionisio Anzilotti. Rencontres avec Anzilotti. *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992.

AGOSTINHO. *Questiones sobre el Heptateuco*. 6.10. Trad. Olegario Garcia de la Fuente. Disponível em: [http://www.augustinus.it/spagnolo/questioni\\_ettateuco/index2.htm](http://www.augustinus.it/spagnolo/questioni_ettateuco/index2.htm). Acesso em dezembro de 2016.

\_\_\_\_\_. *A Cidade de Deus*. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

AHMED, Dawood I. Defending Weak States Against the 'Unwilling or Unable' Doctrine of Self-Defence. *Journal of International Law and International Relations*, no prelo, 2013.

AKANDE, Dapo et MILANOVIC, Marco. The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution. *Blog of the European Journal of International Law*, 21 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/#more-13855>. Acesso em outubro de 2016.

ANZILOTTI, Dionisio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*. Conferência ministrada na abertura do ano letivo 1914-1915, na Università di Roma. Trad. de Arno Dal Ri Jr.

\_\_\_\_\_. *Corso di diritto internazionale*. 3ª ed., 1927.

AVON, Dominique et KHATCHADOURIAN, Anaïs-Trissa. *Hezbollah: a History of the "Party of God"*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law. *Columbia Human Rights Review*, 2005.

BARACCO, Luciano. *Nicaragua: The Imagining of a Nation. From Nineteenth-Century Liberals to Twentieth-Century Sandinistas*. New York: Agora Publishing, 2005.

BARNETT, Michael. The United Nations Security Council and Rwanda. *Expert opinion paper for the “International Decision-Making in the Age of Genocide: Rwanda 1990-1994” project*, junho de 2014. Disponível em: <http://goo.gl/ZRZkHR> (url encurtada). Acesso em outubro de 2016.

BEN-ARI, Rephael H. *The Legal Status of International Non-Governmental Organizations*. Analysis of Past and Present Initiatives (1912-2012). Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BETTATI, Mario et DUPUY, Pierre-Marie. *Les O.N.G. et le Droit International*. Paris: Economica, 1986.

BONFILS, Henry. *Droit International Public (Droit des gens)*. Paris: Arthur Rousseau, 1894.

BOWETT, D.W. *Self-Defence in International Law*. Manchester: The University Press, 1958.

BROUGH, Michael W. et alii (Ed.). *Rethinking the Just War Tradition*. New York: State University of New York Press, 2007.

BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

BYERS, Michael. Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, abril de 2002.

BYMAN, Daniel. *Al Qaeda, the Islamic State, and the Global Jihadist Movement*. New York: Oxford University Press, 2015.

CALAZANS, Erika. *Private Military and Security Companies: the Implications Under International Law of Doing Business in War*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2016.

CAMUS, Colombe. La lutte contre le terrorisme dans les démocraties occidentales: État de droit et excepcionnalisme. *Revue Internationale et Stratégique*, n. 66, v. 2, 2007.

CASSESE, Antonio. Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law. *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 5, 2001. pp. 993-1001.

\_\_\_\_\_. Terrorism as an International Crime. In: BIANCHI, Andrea (Org.). *Enforcing International Norms Against Terrorism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. pp. 213-225.

\_\_\_\_\_. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 4, 2007. pp. 649-668.

CHARNOVITZ, S. Non-Governmental Organizations and International Law. *American Journal of International Law*, vol. 100, n. 2, abril de 2006.

CHAUVEAU, M. E. *Droit des gens ou droit international public*. Paris: Arthur Rousseau, 1891

CICERO, *De Re Publica* III.

\_\_\_\_\_. *De Officiis* I.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Trad. Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. Publicado originalmente em 1832.

COCKBURN, Patrick. *The Rise of the Islamic State: ISIS and the New Sunni Revolution*. London: Verso, 2015.

CORTEN, Olivier. The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate. *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 5, 2006. pp. 803-822.

\_\_\_\_\_. *Méthodologie du Droit International Public*. Bruxelles: Université de Bruxelles, 2009.

\_\_\_\_\_. *The Law Against War*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

\_\_\_\_\_. Self-Defense against Terrorists: What Can be Learned from Recent Practice (2005-2010)? *Journal of International Law and Diplomacy*, 2010b.

\_\_\_\_\_. La Rébellion et le Droit International: le Principe de Neutralité en Tension. *Récueil des Cours*, 2014.

\_\_\_\_\_. The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted? *Leiden Journal of International Law*, 2016.

CRAWFORD, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. Chance, Order, Change: The Course of International Law. *Récueil des Cours*, 2013.

CROSSLEY, Noële. *Multilateralism Versus Unilateralism. The Relevance of the United Nations in a Unipolar World*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2008.

CULLEN, Anthony. *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*. New York: Cambridge University Press, 2010.

D’ASPREMONT, Jean. Mapping the Concepts Behind the Contemporary Liberalization of the Use of Force in International Law. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, n. 4, 2010.

\_\_\_\_\_. *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*. New York: Routledge, 2011.

DABONÉ, Zakaria. International Law: armed groups in a state-centric system. *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n. 882, junho de 2011. pp. 395-424.

DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus Inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

\_\_\_\_\_. Da Europa dos mercados à Europa das prisões quando terrorismo, xenophobia e paranoia tentam entrar no direito da União Europeia. *Revista Sequência*, n. 53, pp. 173-196, dez. 2006b.

DAL RI JR., Arno; LIMA, Lucas Carlos; VELOSO, Paulo P. de A (orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014.

DARCY, Shane. The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals. *Military Law Review*, vol. 175, 2003.

DEEKS, Ashley. Problematic Defense of the “Unwilling or Unable” Test’. *Opinio Juris*, 15 de dezembro de 2011.

\_\_\_\_\_. “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense. *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, n. 3, 2012.

\_\_\_\_\_. Threading the Needle in Security Council Resolution 2249. *Lawfare Blog*, novembro de 2015. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/threading-needle-security-council-resolution-2249>. Acesso em outubro de 2016.

DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. New York: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Non-International Armed Conflicts in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

DOLPHIN, Ray. *The West Bank Wall. Unmaking Palestine*. London: Pluto Press, 2006.

DORSEY, Jessica et PAULUSSEN, Cristophe. Towards a European Position on Armed Drones and Targeted Killing: Surveying EU Counterterrorism Perspectives. *International Centre for Counter-Terrorism*, abril de 2015.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martín Claret, 2009.

DUPUY, Pierre-Marie. Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States. *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992.

\_\_\_\_\_. Infraction (Droit International Public). *Répertoire de droit international*, 1998.

DURKHEIM, Émile. *Suicide. A Study in Sociology*. New York: Routledge, 2005.

EGERTON, Frazer. *Jihad in the West: The Rise of Militant Salafism*. New York: Cambridge University Press, 2011.

EMMANUELLE, Jouanet. *Emer de Vattel et l'Émergence Doctrinale du Droit International Classique*. Paris: A. Pedone, 1998.

FERNÁNDEZ, Félix Vacas. *Fundamento Jurídico Internacional: la subjetividad internacional de Naciones Unidas y su sometimiento al Derecho Internacional*. In: La responsabilidad internacional de Naciones Unidas. Madrid: Libros Dykinson, 2002.

IORE, Pasquale. *Droit International Codifié et sa Sanction Juridique*. Trad. A. Chrétien. Paris: Chevalier-Marescq et Cie., 1890.

FLASCH, Olivia. The Exercise of Self-Defence Against ISIL in Syria: New Insights on the Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors. *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 3, n. 1, no prelo, 2015.

FRANCK, Thomas M. *Recourse to Force. State Actions Against Threats and Armed Attacks*. New York: Cambridge University Press, 2004.

GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, pp. 123-138.

GARCIA, Marcio P. P. Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 41, 2004. pp. 273-285.

GARDAM, Judith. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra (De Iure Belli Libri Tres)*. Ijuí: Unijuí, 2004.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. The ICJ and the Use of Force. In: TAMS *et* SLOAM (Org.). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GREEN, Fergus. Fragmentation in Two Dimensions: The ICJ's Flawed Approach to Non-State Actors and International Legal Personality. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9, 2008.

GREEN, James. *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*. Portland: Hart Publishing, 2009.

\_\_\_\_\_. The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defense Actions. *Virginia Journal of International Law*, vol. 55, issue 3, 2015. pp. 563-624.

GREEN, L. C. *The Contemporary Law of Armed Conflict*. Manchester: Manchester University Press, 2002.

GREIG, D.W. Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require?. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 366 (1991).

HAFEZ, M. Martyrdom, Mythology in Iraq: How Jihadists Frame Suicide Terrorism in Videos and Biographies. *Terrorism and Political Violence*, vol. 19, 2007.

HAREL, Amos *et* ISSACHAROFF, Avi. *34 Days. Israel, Hezbollah, and the War in Lebanon*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

HARMON, Christopher. *Terrorism Today*. 2 ed. Série *Political Violence* (WILKINSON, Paul *et* RAPOPORT, David. [Orgs.]). London: Routledge, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

HESSBRUEGGE, Jan Arno. The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law. *International Law and Politics*, vol. 36, 2004.

HIGGINS, Noelle. The Application of International Law to Wars of National Liberation. *Journal of Humanitarian Assistance*, 2004.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

\_\_\_\_\_. The General International Law of Terrorism. In: HIGGINS, Rosalyn et FLORY, Maurice (Ed.). *Terrorism and International Law*. London: Routledge, 2003.

HOFFMAN, Bruce. *Inside Terrorism*. Ed. Rev. e Expandida. New York: Columbia University Press, 2006.

HOKAYEM, Emile. *Syria's Uprising and the Fracturing of the Levant*. New York: Routledge, 2013.

HOLE, Leo Van Den. Anticipatory Self-Defence Under International Law. *American University International Law Review*, vol. 69, 2003.

HOSKEN, Andrew. *Empire of Fear: Inside the Islamic State*. London: Oneworld, 2015.

INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION ON KOSOVO. *The Kosovo Report*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*. London Conference, 2000. p. 20. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>. Acesso em outubro de 2016.

JENKINS, Brian Michael. *The Study of Terrorism: Definitional Problems*. The Rand Corporation, Santa Monica, California. Novembro de 1980.



JENNINGS, R. Y. The Caroline and McLeod Cases. *The American Journal of International Law*, vol. 32, n. 1, janeiro de 1938, pp. 82-99.

JINKS, Derek. State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, n. 1, 2003.

JOHNS, Fleur (org.). *International Legal Personality*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2010.

KAJTÁR, Gábor. Self-Defence Against Non-State Actors – Methodological Challenges. *Annales*, 2013.

KARSH, Efraim. *The Arab-Israeli Conflict*. Oxford: Osprey Publishing, 2002.

KEARLEY, Timothy. Raising the *Caroline*. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípios do Direito Internacional*. Trad. Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2010.

KLEFFNER, Jann K. The applicability of international humanitarian law to organized armed groups. *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n. 882, 2011.

KLEIN, Pierre. Le Droit International à l'Épreuve du Terrorisme. *Récueil des Cours*, 2006.

KOLB, Robert. *An Introduction to the Law of the United Nations*. Portland: Hart Publishing, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. New York: Cambridge University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LACHS, Manfred. The Development and General Trends of International Law in our Time. *Récueil des Cours*, vol. 169. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

LANOVOY, Vladyslav. The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct. *European Society of International Law*, Fórum de Pesquisa, 2015.

LAROSA, Michael J. et MEJÍA, Germán R. *Colombia: A Concise Contemporary History*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2012.

LAUTERPACHT, Elihu. (Ed.). *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*. New York: Cambridge University Press, 1975.

LAUTERPACHT, Hersch. The Law of Nations and the Punishment of War Crimes. *British Yearbook of International Law*, vol. 58, 1944

\_\_\_\_\_. *Recognition in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1947.

\_\_\_\_\_. The Problem of the Revision of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, 1952.

LEROUX, Nicolas. *La Condition Juridique des Organisations Non Gouvernementales Internationales*. Bruxelles: Éditions Yvon Blais, 2009.

LINDBLOM, Anna-Karin. Non-Governmental Organisations in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LINDLEY, Julian. UNSCR 2249: Are Power, Strategy and Law Aligned in the Fight Against IS? 23 de novembro de 2015. Disponível em: <http://lindleyfrench.blogspot.com.br/2015/11/uns-cr-2249-are-power-strategy-and-law.html>. Acesso em outubro de 2016.

LINNAN, David. K. Self-Defense, Necessity and U.N. Collective Security: United States and Other Views. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 57, 1997. pp. 57-123.

LISTER, Charles R. *The Syrian Jihad: Al-Qaeda, the Islamic State and the Evolution of an Insurgency*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

LITTELL, Jonathan. *Syrian Notebooks: Inside the Homs Uprising*. New York: Verso, 2015.

LODE, Eric. Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning. *California Law Review*, vol. 87, 1999.

LUBELL, Noam. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*. Oxford Scholarship Online: 2010.

MATTHEWS, Matt M. *We Were Caught Unprepared: The 2006 Hezbollah-Israeli War*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2008.

MATTOX, John Mark. *Saint Augustine and the Theory of Just War*. New York: Continuum Books, 2006.

MARKS, Stephen P. International Law and the ‘War on Terrorism’: Post 9/11 Responses by the United States and Asia Pacific Countries. *Asia Pacific Law Review*, vol. 14, n. 1, 2006.

McCANTS, William. *The ISIS Apocalypse: the History, Strategy, and Doomsday Vision of the Islamic State*. New York: St. Martin’s Press, 2015.

McDOUGAL, Myres M. et FELICIANO, Florentino P. *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*. New Haven: Yale University Press, 1961.

MEISELS, Tamar. Combatants – Lawful and Unlawful. *Law and Philosophy*, vol. 26, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MICHAEL, Brent. Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence. *Australian International Law Journal*, , vol. 16, 2009.

MILANOVIC, Marko. Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum. *Blog of the European Journal of International Law*, 21 de fevereiro de 2010.

MORIN, Edgar et LE MOIGNE, Jean-Louis. *L'intelligence de la complexité*. Paris: Editions L'Harmattan, 1998.

MOUSAVI, Hamed. The Israel-Lebanon War of 2006 and the Failure of US Foreign Policy. *Journal of Politics and Law*, vol. 8, n. 1, 2015.

MÜLLER, Anna Caroline. Legal issues arising from the armed conflict in Afghanistan. *Non State Actors & International Law*, vol. 4, 2004.

MUMFORD, Andrew. *Proxy Warfare*. Cambridge: Polity Press, 2013.

MURRAY, Daragh. *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

MRÁZEK, Josef. The Use of Force and Expanded Conceptions of Self-Defence. *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law & Affairs*, vol. 29, 2011.

NAPOLEONI, Loretta. *The Islamist Phoenix: The Islamic State and the Redrawing of the Middle East*. New York: Seven Stories Press, 2014.

NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations. *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 5, 2002.

OCCELLI. Sinking the Caroline: Why the Caroline Doctrine's Restrictions on Self-Defense Should Not Be Regarded as Customary International Law. *San Diego International Law Journal*, vol. 4, 2003.

OPPENHEIM, L. *International Law: A Treatise*. Vol. 1. London: Longmans, Green, and Co., 1905.

PALACIOS, Marco et SAFFORD, Frank. *Colombia: Fragmented Land, Divided Society*. New York: Oxford University Press, 2002.

PAUST, Jordan J. Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and beyond. *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2002.

PELLET, Alain. The definition of responsibility in international law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010.

PIETROPAOLI, Stefano. Definire il male. La guerra di aggressione e il diritto internazionale. *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2007.

POPIEL, Mark P. Redrafting the Right of Self-Defense in Response to International Terrorism. *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 6, 2002-2003.

PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2010.

PRADIER-FODÉRÉ, P. *Droit International Public Européen & Américain. Tome Premier*. Paris: G. Pedone-Lauriel, 1885.

PUFENDORF, Samuel. *Of The Law of Nature and Eight Books. Of Self-Defence*. 1672.

QUIGLEY, John. The Afghanistan War and Self-Defense. *Valparaiso University Law Review*, vol. 37, n. 2, 2003.

RAGAZZI, Maurizio (ed.). *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Boston: Martinus Nijhoff, 2005.

RANDELZHOFFER, A. Article 51. In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RATNER, Steven R. Self Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 270, maio de 2012.

RIFAAT, A.M. *International aggression: a study of the legal concept*. Stockholm: Almqvist & Wiksell International, 1979.

ROBERTS, Anthea *et* SIVAKUMARAN, Sandesh. Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law. *The Yale Journal of International Law*, vol. 37, n. 1, pp. 107-152.

RODICK, Burleigh Cushing. *The Doctrine of Necessity in International Law*. New York: Columbia University Press, 1928.

RONZITTI, Natalino. *Introduzione al Diritto Internazionale*. 3 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

RUNION, Meredith. *The History of Afghanistan*. London: Greenwood, 2007.

RUSSEL, Frederick H. *The Just War in the Middle Ages*. New York: Cambridge University Press, 1975.

RUYS, Tom. 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter. *Evolutions in Customary Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SAHNER, Christian C. *Among the Ruins: Syrian Past and Present*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SASSÒLI, Marco. *Rights and Obligations of Non-State Actors under International Humanitarian Law*. Curso ministrado pelo Professor Marco Sassòli (Université de Genève) na Universidade Ludwig-Maximilian de Munique (Munich Advanced Course of International Law), no verão de 2015.

SAVARESE, Eduardo. Issues of Attribution to States of Private Acts: Between the Concept of *de Facto* Organs and Complicity. *Italian Yearbook of International Law*, vol. 15, 2005.

SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique. Première partie*. Paris: Recueil Sirey, 1932.

SCHAACK, Beth Van. Mapping War Crimes in Syria. *International Law Studies*, vol. 92, 2016.

SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 48, 2016.

SCHMITT, Carl. *Political Theology*. Cambridge: MIT Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *O Conceito do Político / Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

SCHMITT, Michael N. *Attack as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context*. U.S. Department of Defense, Dictionary of Military and Associated Terms. Publicação conjunta, 2010.

SHAH, Sikander Ahmed. War on Terrorism: Self Defense, Operation Enduring Freedom, and the legality of U.S. Drone Attacks in Pakistan. *Global Studies Law Review*, vol. 9, 2010.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

SOREL, Jean-Marc. Existe-t-il une définition universelle du terrorisme? In: CORTEN, Olivier *et alii* (Orgs.). *Le Droit International Face au Terrorisme*. Paris: Pédone, 2002.

STAHN, Carsten. International Law Under Fire: Terrorist Acts as “Armed Attack”: The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism. *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2003.

\_\_\_\_\_. Between Law-Breaking and Law-Making: Syria, Humanitarian Intervention and ‘What the Law Ought to Be’. *Grotius Centre for International Legal Studies*, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2343582>. Acesso em outubro de 2016.

STARSKI, Paulina. Right to Self-Defence, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the ‘Unable and Unwilling’ Standard? *Heidelberg Journal of International Law*, setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. “Legitimized Self-Defense” – Quo Vadis Security Council? *Blog of the European Journal of International Law*, 10 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/legitimized-self-defense-quo-vadis-security-council/>. Acesso em outubro de 2016.

STATEN, Clifford L. *The History of Nicaragua*. Oxford: Greenwood, 2010.

STERN, Brigitte. The Elements of an Internationally Wrongful Act. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010.

TRAVALIO, Greg et ALTENBURG, John. Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, n. 1, 2003.

TRIEPEL, Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, ano XVII, n. 6, outubro de 1966. Texto apresentado originalmente em uma conferência proferida em 1923.

TSAGOURIAS, Nicholas. Non-state actors in international peace and security: non-state actors and the use of force. In: D’ASPREMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*. New York: Routledge, 2011.

TUCÍDIDES. *The History of the Peloponnesian War*. Tradução de R. Crawley and R. C. Feetham. Connecticut: Cardavon Press, 1974.

U.S. ARMY. *A Treatise on the Juridical Basis of the Distinction Between Lawful Combatant and Unprivileged Belligerent*. The Judge Advocate General’s School, 1959.

VATTEL, Emmerich de. *O Direito das Gentes ou Princípios da Lei Natural Aplicados à Condução e aos Negócios das Nações e dos Governantes*. Trad. Ciro Monanza. Obra de 1758. No prelo.

VITORIA, Francisco de. *Os Índios e o Direito da Guerra*. Ijuí: Unijuí, 2006.



WAHAB, Shaista *et* YOUNGERMAN, Barry. *A Brief History of Afghanistan*. New York: Infobase, 2007.

WALSH, Frank M. Rethinking the Legality of Colombia's Attack on the FARC in Ecuador: a New Paradigm for Balancing Territorial Integrity, Self-Defense and the Duties of Sovereignty. *Pace International Law Review*, vol. 21, 2009.

WARAT, Luís Alberto. *A Pureza do Poder. Uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

\_\_\_\_\_. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WELLER, Marc. Permanent Imminence of Armed Attacks: Resolution 2249 (2015) and the Right to Self Defence Against Designated Terrorist Groups. *Blog of the European Journal of International Law*, 25 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. UN Resolution on IS 'extraordinary step'. *BBC News*, 24 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-europe-34900384>. Acesso em outubro de 2016.

WILKINS, Henrietta. *The making of Lebanese foreign policy: understanding the 2006 Hezbollah-Israeli war*. New York: Routledge, 2013.

WILLIAMS, Ryan T. Dangerous Precedent: America's Illegal War in Afghanistan. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 33, n. 2, 2011.

WILMSHURST, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*. London: Chatham House, 2005.

\_\_\_\_\_. The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006.

\_\_\_\_\_. *Definition of Aggression*. United Nations Audiovisual Library of International Law. United Nations, 2008.

WILSON, Heather A. *International Law and the Use of Force by Liberation Movements*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

WOOD, Michael C. *The Interpretation of Security Council Resolutions*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998.

\_\_\_\_\_. *The Use of Force in 2015 With Particular Reference to Syria*. Conferência proferida em 5 de janeiro de 2016, na Universidade Hebraica de Jerusalém.

YASSIN-KASSAB, Robin *et* AL-SHAMI, Leila. *Burning Country: Syrians in Revolution and War*. London: Pluto Press, 2016.

ZEGVELD, Liesbeth. *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2002.

ZEMANEK, Karl. *Armed Attack*. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Outubro de 2013.

ZIMMERMANN, Taciano S. Os Atores Não-Estatais e o Desenvolvimento do Direito Internacional: a Participação das ONGs nas Negociações da Convenção contra a Tortura no Âmbito da ONU. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 15, 2015.

ZORZETTO, Silvia. The *Lex Specialis* Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 3, 2012.